

**UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID**  
**FACULTAD DE DERECHO**  
**DEPARTAMENTO DE DERECHO CIVIL**



**TESIS DOCTORAL**

**La compraventa con pacto de supervivencia**

MEMORIA PARA OPTAR AL GRADO DE DOCTORA

PRESENTADA POR

**Fernando García Mon Quirós**

DIRECTORA

**Cristina de Amunátegui Rodríguez**

**Madrid, 2017**

# **LA COMPRAVENTA CON PACTO DE SUPERVIVENCIA**

Fernando García-Mon Quirós

Tesis Doctoral  
Universidad Complutense de Madrid  
2015

Dirigida por la Profesora Doctora  
Cristina de Amunátegui Rodríguez

Departamento de Derecho Civil









# ÍNDICE

<b>RESUMEN (ABSTRACT)</b> .....	13
<b>INTRODUCCION</b> .....	15
<b>CAPÍTULO PRIMERO. SOBRE LAS ADQUISICIONES ONEROSAS CON PACTO DE SUPERVIVENCIA</b> .....	21
I. EL ORIGEN DE LA INSTITUCIÓN: LA COMPRAVENTA CON PACTO DE SOBREVIVENCIA. COSTUMBRE Y PRÁCTICA NOTARIAL .....	21
1. Delimitación geográfica .....	23
2. La práctica notarial. Delimitación temporal .....	26
3. La costumbre .....	31
4. Fundamento jurídico – sociológico .....	40
5. Ámbito subjetivo de aplicación original, y su relevancia como elemento conformador de la institución .....	44
6. Otras tesis sobre el origen de la compraventa con pacto de supervivencia .....	47
II. CONCEPTO DE ADQUISICIÓN ONEROSA CON PACTO DE SUPERVIVENCIA. SU EVOLUCIÓN Y DIVERSIDAD. UNA VISIÓN CONTRASTADA DESDE LA COMPILACIÓN DE DERECHO CIVIL ESPECIAL DE CATALUÑA HASTA EL CÓDIGO CIVIL DE CATALUÑA .....	51
1. Definiciones previas a la promulgación de la Compilación de Derecho Civil Especial de Cataluña .....	52
2. Definiciones posteriores a la promulgación de la Compilación de Derecho Civil Especial de Cataluña de 1960, y anteriores a la entrada en vigor del Código de Familia .....	54
3. Definiciones posteriores a la entrada en vigor del Código de Familia, y hasta el Código Civil de Cataluña .....	55
4. Conclusiones derivadas del análisis de la evolución de las diferentes definiciones de la institución .....	56
III. NOTAS DISTINTIVAS DE LAS ADQUISICIONES ONEROSAS CON PACTO DE SUPERVIVENCIA .....	67
<b>CAPÍTULO SEGUNDO. NATURALEZA JURÍDICA DE LA COMPRAVENTA CON PACTO DE SUPERVIVENCIA</b> .....	69
I. EXPOSICIÓN DE INTENCIONES Y JUICIO PREVIO SOBRE LA IMPORTANCIA DEL ESTUDIO DE LA NATURALEZA JURÍDICA EN LAS ADQUISICIONES ONEROSAS CON PACTO DE SUPERVIVENCIA .....	69
II. POSICIONAMIENTOS DOCTRINALES ANTERIORES A LA COMPILACIÓN DE DERECHO CIVIL DE CATALUÑA DE 1960 .....	71

1. Los estudios pioneros más significativos. El escaso desarrollo doctrinal existente hasta 1944.....	72
1.1. EMILIO SAGUER Y OLIVET .....	72
1.2. JOSE PELLA Y FORGAS .....	74
1.3. JOSE MARIA DE PORCIOLES Y COLOMER.....	74
2. Génesis de las distintas teorías sobre la naturaleza jurídica de la compraventa con pacto de sobrevivencia: VALLET DE GOYTISOLO, VIRGILI SORRIBES, CALVO SORIANO. Las bases del conflicto. Otros autores .....	75
2.1. JUAN VALLET DE GOYTISOLO: La tesis unitaria. - De la propiedad temporal sometida a una doble condición suspensiva y resolutoria, al fideicomiso contractual .....	77
2.1.1. Marco histórico-jurídico en que se ubica la obra de VALLET DE GOYTISOLO .....	77
2.1.1.1. Resoluciones de la Dirección General de Registros y del Notariado. ....	79
a) Resolución de 19 de mayo de 1917 .....	79
b) Resolución de 5 de mayo de 1932.....	84
c) Conclusiones extraídas de las dos anteriores resoluciones .....	87
2.1.1.2. Posiciones doctrinales previas .....	87
2.1.2. Toma de posicionamiento de VALLET DE GOYTISOLO. La denominada “Tesis Unitaria” .....	88
2.1.3. Consideraciones sobre la compraventa con pacto de sobrevivencia como dos negocios jurídicos diferentes. Crítica de las mismas .....	93
2.1.3.1. Teoría de la DONACION .....	93
a) Sobre la donación en general.....	93
b) Donación <i>inter vivos</i> y donación <i>mortis causa</i> .....	99
c) Donación <i>mortis causa</i> y pacto de sobrevivencia.....	104
d) Donación <i>inter vivos</i> y pacto de sobrevivencia .....	105
e) Conclusión.....	107
2.1.3.2. Teoría de la SOCIEDAD.....	108
a) Sociedad Civil. Concepto y clases.....	108
b) Sociedad Civil Universal.....	109
c) Sociedad Civil Particular .....	111
d) Sociedad Civil y pacto de sobrevivencia .....	113
e) La denominada “sociedad tontinaria” .....	115
2.1.3.3. Teoría del CONTRATO ONEROSO y ALEATORIO .....	120
a) Concepto de contrato oneroso .....	120
b) Concepto de contrato aleatorio.....	121
c) Estudio crítico del pacto de sobrevivencia como contrato oneroso y aleatorio por VALLET DE GOYTISOLO .....	124
2.1.3.4. Consideraciones sobre la SUCESSION CONTRACTUAL .....	130
2.1.4. Tesis unitaria .....	132
2.1.4.1. Exposición y desarrollo .....	132

2.1.4.2.	El fideicomiso contractual.....	136
2.1.4.3.	Los heredamientos y los derechos de los legitimarios y de los reservatarios .....	144
2.2.	FRANCISCO VIRGILI SORRIBES: Tesis dualista: Contrato oneroso y aleatorio .....	148
2.3.	ALVARO CALVO SORIANO: Tesis dualista. Pacto capitular.....	153
2.3.1.	Punto de partida .....	153
2.3.2.	Impugnación de la teoría del negocio unitario. La Teoría de Causa.....	155
2.3.3.	La Teoría de la Causa en CALVO SORIANO como modo de impugnar la teoría del negocio unitario.....	160
2.3.3.1.	La teoría de la causa económica u objetiva .....	160
2.3.3.2.	La teoría de la causa subjetiva .....	162
2.3.3.3.	La causa en el Código Civil .....	163
2.3.3.4.	Impugnación de la teoría unitaria .....	165
2.3.3.5.	Conclusiones .....	171
2.4.	Otros autores.....	172
2.5.	Conclusiones.....	174
III.	DESARROLLO DOCTRINAL TRAS LA COMPILACIÓN DE DERECHO CIVIL DE CATALUÑA DE 1960 .....	176
1.	Breve repaso a las diferentes regulaciones aplicadas a la compraventa con pacto de sobrevivencia, desde 1960 hasta 1993.....	176
2.	Posicionamientos doctrinales posteriores a la Compilación de Derecho Civil de Cataluña de 1960 y hasta la promulgación del Código de Familia de 1998....	185
2.1.	Contrato de compraventa y pacto aleatorio y oneroso de sobrevivencia.....	186
2.2.	Contrato mixto .....	190
2.3.	Heredamiento mutual - Figura híbrida o <i>sui generis</i> .....	195
2.4.	Donación <i>mortis causa</i> .....	202
2.5.	Sucesión contractual.....	205
2.6.	Institución familiar .....	209
2.7.	¿Negocio unitario, o dualidad de negocios? .....	212
2.8.	La comunidad surgida del pacto de sobrevivencia .....	216
3.	El Código de Familia de 1998 y el Libro II del Código Civil Catalán .....	224
3.1.	Ley 9/1998 de 15 de Julio, del Código de Familia .....	224
3.2.	Libro II del Código Civil de Cataluña.....	231
IV.	CONCLUSIONES SOBRE LA NATURALEZA JURÍDICA DE LA COMPRAVENTA CON PACTO DE SOBREVIVENCIA.....	234
1.	Perspectiva histórica y crítica .....	234
2.	Posibles soluciones.....	249
2.1.	Donación <i>mortis causa</i> .....	252
2.2.	Pacto sucesorio .....	253
2.2.1.	Intento de formulación previo a la entrada en vigor del Libro IV del Código Civil de Cataluña.....	255



2.2.2. Formulación actual a partir de la regulación contenida en los Libros II y IV del Código Civil de Cataluña.....	259
3. Dificultades frente a la construcción propuesta .....	267
4. Otras cuestiones problemáticas: negocio unitario o dual, oneroso o gratuito, revocable o irrevocable .....	269
5. De nuevo la cuestión de la naturaleza de la comunidad surgida.....	275
6. Justificación final y conclusión .....	277
 <b>CAPÍTULO TERCERO. CRITERIOS CONSTITUTIVOS DE LAS ADQUISICIONES ONEROSAS CON PACTO DE SUPERVIVENCIA .....</b>	
I. INTRODUCCIÓN.....	281
1. “Adquisiciones onerosas” frente a “compraventas” .....	281
2. Dificultades del presente estudio: de nuevo su conflictiva naturaleza jurídica....	284
II. CRITERIOS SUBJETIVOS .....	285
1. Los sujetos del pacto de supervivencia .....	285
1.1.El transmitente .....	286
1.2.Los adquirentes.....	286
1.2.1. Cónyuges y futuros contrayentes .....	286
1.2.2. Sistemas matrimoniales catalanes.....	288
1.2.3. Convivientes en pareja estable .....	305
1.2.3.1. La pareja de hecho como sujeto del pacto de supervivencia: evolución legislativa.....	305
1.2.3.2. Trascendencia del cambio de sujetos en la propia sustancia del pacto de supervivencia.....	309
2. La adquisición conjunta .....	311
3. Requisitos subjetivos en cuanto pacto sucesorio .....	312
III. CRITERIOS OBJETIVOS .....	313
IV. CRITERIOS FORMALES .....	317
 <b>CAPÍTULO CUARTO. EFECTOS DE LAS ADQUISICIONES ONEROSAS CON PACTO DE SUPERVIVENCIA.....</b>	
I. EFECTOS EN VIDA DE LOS ADQUIRENTES.....	324
1. Consideraciones previas .....	324
2. Concepto de “adquisición onerosa de bienes”. Su delimitación.....	328
2.1.Vinculación entre el pacto de supervivencia y la adquisición del dominio .....	328
2.2.Objeto de la adquisición.....	331
2.3.Negocios válidos como título de adquisición onerosa .....	335
2.3.1. Contrato de Compraventa.....	339
2.3.1.1. Antecedentes históricos y evolución .....	339
2.3.1.2. Compraventa y pacto de supervivencia: regulación actual.....	343
2.3.1.3. Derecho de retracto .....	345

a) El retracto convencional.....	345
b) El retracto legal.....	349
2.3.1.4. Conclusión.....	351
2.3.2. Préstamo hipotecario.....	351
2.3.3. Contrato de edificación por tercero, con o sin aportación de materiales, en virtud de un arrendamiento de obra contratado y pagado por ambos cónyuges .....	353
2.3.4. La permuta, en especial la llamada permuta de solar por una parte del edificio a construir .....	356
2.3.5. La dación de un bien por un tercero en pago de un crédito dinerario común de los consortes.....	365
2.3.6. La adjudicación de bienes en pago de aportación que unos consortes hubieran hecho por mitad de valor a una sociedad, y que ésta les restituya o compense con todos sus incrementos a la disolución y liquidación de la misma .....	366
2.3.7. Transmisión onerosa de un derecho de superficie. Derecho de vuelo.....	370
2.3.8. La atribución onerosa por tercero, a unos consortes o pareja de hecho, de un derecho de renta vitalicia que ambos deban satisfacer por mitad.....	374
2.3.9. La constitución de una sociedad .....	379
2.3.10. Otros negocios onerosos.....	383
2.3.10.1. Los censos .....	384
2.3.10.2. Los derechos de adquisición.....	387
2.3.10.3. Los contratos aleatorios .....	388
2.3.11. Consideración final sobre los distintos modos de adquirir de forma onerosa con pacto de supervivencia.....	392
3. Adquisición “conjunta” de bienes: la comunidad surgida del pacto.....	393
3.1. Punto de partida .....	393
3.2. Actos de disposición y gravamen.....	396
3.3. Actos de gestión y uso ordinarios.....	398
3.3.1. La comunidad germánica.....	402
3.3.2. La comunidad romana.....	404
3.3.3. Efectos comunes a las dos anteriores soluciones .....	410
3.3.4. Las normas de administración del régimen económico matrimonial de comunidad de bienes como alternativa.....	414
3.3.5. Consideración final .....	419
4. La inscripción registral.....	424
4.1. La inscripción del derecho.....	426
4.2. Derecho real u obligación personal .....	431
4.3. La incompatibilidad con el heredamiento universal.....	437
4.4. Publicidad .....	444
II. EFECTOS TRAS LA MUERTE DE UNO DE LOS ADQUIRENTES .....	446
1. Consolidación del pleno dominio en el sobreviviente .....	446
2. Límites a la plena eficacia del pacto de supervivencia tras el fallecimiento de uno de los otorgantes .....	450

2.1. Fundamentos del cómputo en la legítima en las adquisiciones onerosas con pacto de supervivencia: de nuevo VALLET DE GOYTISOLO .....	451
2.2. La legítima en Cataluña .....	459
2.2.1. Evolución histórica.....	460
2.2.2. Naturaleza y concepto.....	461
2.2.3. Los legitimarios .....	463
2.2.4. Cómputo de la legítima.....	466
2.3. Cálculo e imputación en la cuarta vidual.....	472
2.4. Legítima, cuarta vidual y pacto de supervivencia .....	479
2.5. Hipotéticas consecuencias del artículo 231-15.3.....	489
3. El pacto de supervivencia como pacto sucesorio.....	494
3.1. Aproximación a la regulación de los pactos sucesorios en el Código Civil de Cataluña.....	494
3.2. El pacto de supervivencia y los pactos sucesorios de atribución particular .....	499
4. Breve referencia al aspecto fiscal.....	510
<b>CAPÍTULO QUINTO. CAUSAS DE INEFICACIA Y EXTINCIÓN. EMBARGO Y CONCURSO .....</b>	<b>517</b>
I. CAUSAS DE INEFICACIA Y EXTINCIÓN.....	517
1. El heredamiento .....	521
1.1. Evolución legislativa del heredamiento como causa de ineficacia del pacto de supervivencia.....	521
1.2. Naturaleza de la incompatibilidad del heredamiento con el pacto de supervivencia.....	525
1.3. Consecuencias de la coexistencia entre el heredamiento simple y el pacto de supervivencia.....	526
2. Acuerdo entre los cónyuges durante el matrimonio .....	535
3. Las crisis matrimoniales.....	539
4. Renuncia.....	548
5. Otras causas de ineficacia .....	557
II. EMBARGO Y CONCURSO .....	561
1. Soluciones previas a la Ley 8/1993, de 30 de septiembre, de modificación de la Compilación en materia de relaciones patrimoniales entre cónyuges .....	562
2. La reforma de 1993 y el Código de Familia de 1998.....	567
3. La Ley 22/2.003, de 9 de julio, Concursal .....	569
4. La regulación del embargo y el concurso en el Libro II del Código Civil de Cataluña .....	572
5. El embargo desde la perspectiva del pacto de supervivencia como pacto sucesorio sobre cosa cierta.....	583
III. EFECTOS COMUNES A LAS CAUSAS DE INEFICACIA Y EXTINCIÓN .....	584
<b>CAPÍTULO SEXTO. EL PACTO DE SUPERVIVENCIA EN EL DERECHO CIVIL</b>	

<b>COMUN .....</b>	<b>587</b>
I. DELIMITACIÓN DEL OBJETO DEL PRESENTE ESTUDIO .....	587
II. AUTONOMÍA PRIVADA Y PACTO DE SUPERVIVENCIA .....	588
1. Naturaleza jurídica del pacto de supervivencia. De nuevo el problema causal ....	588
1.1. Incidencia del principio de autonomía privada.....	588
1.2. La causa del negocio jurídico: su inevitable repercusión en el pacto de supervivencia.....	594
1.3. Negocios onerosos y gratuitos .....	598
1.4. Negocios <i>inter vivos</i> y <i>mortis causa</i> .....	602
2. Características esenciales del pacto de supervivencia.....	605
III. ALTERNATIVAS PARA LA VÁLIDA CONFIGURACIÓN DEL PACTO DE SUPERVIVENCIA .....	610
1. Donación <i>mortis causa</i> : una alternativa en principio a desechar. La “donación <i>inter vivos</i> con eficacia <i>post mortem</i> ” y la “donación de bienes futuros” como primeras posibilidades .....	610
1.1. La donación <i>mortis causa</i> en el Código Civil.....	610
1.2. Figuras intermedias entre la donación <i>mortis causa</i> y la donación <i>inter vivos</i> .....	615
1.3. El pacto de supervivencia como donación <i>inter vivos</i> .....	617
1.4. Una última posibilidad: la donación de bienes futuros.....	622
2. Pacto sucesorio: luces y sombras de una alternativa arriesgada.....	624
2.1. La sucesión contractual. Concepto, características y clases.....	624
2.2. La sucesión contractual y el Código Civil .....	628
2.3. Argumentos en contra de la actual regulación, o de la falta de ella. Posicionamientos doctrinales favorables a la sucesión contractual.....	634
2.4. El pacto sucesorio sobre bienes conocidos, determinados y existentes. Una alternativa abierta por la jurisprudencia del Tribunal Supremo .....	648
2.5. El pacto de supervivencia como pacto sucesorio. Requisitos y riesgos.....	653
2.5.1. Ámbito subjetivo .....	656
2.5.2. Delimitación formal.....	658
2.5.3. Delimitación material .....	662
2.5.4. Efectos sucesorios .....	664
2.5.4.1. Naturaleza del derecho adquirido .....	664
2.5.4.2. Eficacia sucesoria del pacto de supervivencia .....	668
a) La aceptación.....	668
b) El computo del valor de la parte del bien sujeto al pacto de supervivencia en la herencia del adquirente premuerto.....	670
3. El pacto de supervivencia como negocio jurídico de naturaleza onerosa .....	673
3.1. Justificación.....	673
3.2. El pacto de supervivencia como contrato atípico .....	674
3.3. El pacto de supervivencia como contrato oneroso y aleatorio.....	680
3.3.1. Onerosidad frente a gratuidad .....	680
3.3.2. El riesgo como factor determinante: la aleatoriedad en el pacto de	

supervivencia.....	681
3.3.3.    Contratos aleatorios frente a contratos condicionales.....	684
3.3.4.    Configuración del contrato. Normativa aplicable .....	691
3.3.4.1.    Presupuestos y contenido del pacto de supervivencia .....	691
3.3.4.2.    Efectos del pacto de supervivencia.....	695
IV. CONCRECIÓN DE LA NATURALEZA DEL PACTO DE SUPERVIVENCIA.....	698
<b>CAPÍTULO SÉPTIMO. CONCLUSIONES EXTRAIDAS A RAIZ DEL PRESENTE</b>	
<b>TRABAJO</b> .....	707
I. CONCLUSIONES DERIVADAS DEL ESTUDIO DE LAS ADQUISICIONES ONEROSAS CON PACTO DE SUPERVIVENCIA EN EL DERECHO CIVIL CATALÁN.....	707
II. CONCLUSIONES DERIVADAS DEL ESTUDIO DEL PACTO DE SUPERVIVENCIA EN EL DERECHO CIVIL COMÚN .....	715
<b>TABLAS DE JURISPRUDENCIA CITADA, RESOLUCIONES Y CONSULTAS</b> .....	719
<b>BIBLIOGRAFIA</b> .....	727

## **RESUMEN (ABSTRACT)**

La finalidad del presente trabajo ha sido abordar el estudio de las recientemente denominadas adquisiciones onerosas con pacto de supervivencia, reguladas en los artículos 231-15 a 231-18 del Libro II del Código Civil de Cataluña, tomando como base esencial los trabajos doctrinales desarrollados a partir de la primera mitad del siglo XX, a fin de profundizar en la cuestión más relevante, compleja y polémica de la institución: su naturaleza jurídica. Desde tal la perspectiva, se ha abordado el estudio del origen y concepto de la institución, los criterios subjetivos, objetivos y formales, y sus efectos y causas de extinción, contrastando los citados trabajos doctrinales con la evolución consuetudinaria y legislativa, así como su tratamiento jurisprudencial.

Como resultado, se pone de manifiesto la proximidad de los actuales pactos de supervivencia con la sucesión contractual, concretamente con los pactos sucesorios de atribución particular, lo que la aleja de su naturaleza original, previa a la Compilación de Derecho Civil de Cataluña.

La última parte del trabajo consiste en un intento de acomodar la institución estudiada al Derecho civil común, a fin de comprobar la viabilidad del mismo dentro de los márgenes ofrecidos por el Código Civil, bajo los modelos de la donación, pacto sucesorio y contrato aleatorio.

The aim of this research has been to approach the study of the recently called "onerous acquisitions with survival pact", regulated in the articles 231-15 to 231-18, Book II of the Civil Code of Catalonia. It is based on the doctrinal work developed as from the early twentieth century, in order to deepen in the most important, complex and controversial issue of the institution: its legal nature. From such a perspective, it has addressed the study of the origin and concept of the

institution as well as the subjective, objective and formal criteria, plus its effects and causes of extinction; it has been done by checking its doctrinal works against its customary and legislative developments with their jurisprudence.

As a result, it highlights the closeness of the present survival pacts with the contractual succession, specifically with the agreement as to succession on particular attribution, which moves it away from its original nature, prior to the Compilation of Civil Law of Catalonia.

The last part of the work is an attempt to accommodate the studied institution to the Common Civil law in order to check its viability within the margins provided by the Civil Code, under the donation, inheritance pact and aleatory contract models.

## **INTRODUCCIÓN**

El ensayo XXIII de MICHEL DE MONTAIGNE comienza con un cuento sobre la fuerza de la costumbre. Dice así:

“Una mujer de pueblo, habiendo aprendido a acariciar y a llevar en sus brazos a un ternero desde que este nació, siguió haciéndolo siempre y ocurrióle que, por costumbre, cuando llegó a ser buey grande, aún lo llevaba”<sup>1</sup>.

La conclusión inmediata extraída por MONTAIGNE es que la costumbre es “violenta y traidora maestra de escuela”<sup>2</sup>; afirmación con la que, sin duda, muchos estarán de acuerdo.

En el campo que nos ocupa, el jurídico, acaso haya que reconocer que, por más que la costumbre sea fuente del derecho, y la jurisprudencia (que no es sino costumbre autorizada en la resolución de conflictos) guía imprescindible, a veces nos encontramos con que el mantenimiento de interpretaciones que anclan sus raíces en el pasado, constituyen no una fuente de seguridad y certeza, sino más bien un extraordinario cobijo para una inveterada veneración por el pasado, no siempre justificada. Nada oprime y constriñe más al desarrollo y una visión clara y abierta que la adoración por los esquemas e idearios pasados, en atención simplemente a su longevidad. Así como en el Arte, a lo largo de los siglos, la evolución de un estilo a otro se fundamentó en el ataque y renuncia al movimiento anterior, de modo que el Renacimiento no hubiera sido posible sin su aversión al arte Gótico, y el Barroco sin atacar al, en su día, liberador y revitalizador arte renacentista, así, en el ámbito jurídico, también debe aceptarse que, por más admiración que sintamos hacia los refinados y doctos juristas del pasado, o hacia las añosas legislaciones que se han mantenido hasta

---

<sup>1</sup> MONTAIGNE, M., *Ensayos Completos*, Cátedra, Navarra, 2006, pag. 149.

<sup>2</sup> *Ibidem*.



nuestros días, unos y otros pueden ser objeto de minuciosa y reiterada revisión. Nada malo hay en adaptar lo antiguo a lo nuevo, aún a fuerza de corregirlo y afinarlo. Lo malo, siempre, es el acomodado inmovilismo.

El objeto de este estudio son las recientemente denominadas *adquisiciones onerosas con pacto de supervivencia*. Hasta hace bien poco, se las conocía como *compraventas con pacto de supervivencia*; hasta hace un poco más, se las llamaba *compraventas con pacto de sobrevivencia*. Tres formas de denominar a una misma institución en un lapso de tiempo inferior a un siglo. Pero, ¿se trata, en efecto, de una misma institución? ¿O asistimos al insólito acontecimiento de que el paso del tiempo y las regulaciones cambiantes y contradictorias, han alumbrado una nueva figura jurídica con cada modificación legislativa, de modo que la paulatina metamorfosis ha terminado deglutiendo la institución original, para conformar una nueva, más acorde con las exigencias de una época distinta?

De las complejidades y descuidos que entraña responder a esta pregunta, da buena cuenta la Dirección General de Registros y del Notariado en su resolución de 29 de diciembre de 1977, donde constata de forma expresiva estos extremos:

*Esta institución – por cierto no muy estudiada – ha provocado en los autores serias dificultades al tratar de desentrañar su esencia, pues mientras para unos se trata de una compraventa en el que cada uno de los esposos adquiere la propiedad de una mitad del bien transmitido bajo la condición resolutoria de premorir el otro, y la otra mitad bajo la condición suspensiva de sobrevivirle, en cambio para la mayor parte, y con fundamento en el art. 61.2, es decisivo el momento de la muerte del primer cónyuge que determina la adquisición del sobreviviente e indican que se está ante una disposición sucesoria semejante a un heredamiento mutuo que estuviese limitado sólo al inmueble o inmuebles comprendidos en el pacto, e incluso algún autor señala el carácter de donación “mortis causa”, que presente al reunir las características de este tipo de*

*donación, tratamiento al que le somete la legislación fiscal.*

Independientemente de las soluciones que se enumeran en el párrafo transcrito, dejándose fuera un buen número de otras que estudiaremos a lo largo de este trabajo, llama poderosamente la atención la acotación que tiene lugar en la primera frase: “por cierto no muy estudiada”. ¿Qué sentido tiene tal anotación en una resolución de este tipo? ¿Acaso es una llamada de atención a la doctrina, a fin de que se pormenore su estudio? ¿O un tirón de orejas a los órganos jurisdiccionales, de quienes reclama una mayor profundidad al resolver los conflictos suscitados por la misma?

Sea como fuere, si vinculáramos dicha frase a la afirmación contenida en el primer considerando de la citada resolución, donde se asevera que la compraventa con pacto de supervivencia constituye una *institución de gran raigambre en el Derecho Catalán*, podríamos llegar a la perplejidad: ¿es posible que una institución de naturaleza propiamente catalana, y de hondo arraigo en esta sociedad, resulte no muy conocida? ¿Cuán hondo, pues, llega ese arraigo, que no alcanza a su discernimiento? Y, ¿por qué motivo? Tiempo tendremos para ir respondiendo a estas retorcidas cuestiones.

Para ello, he estructurado el desarrollo del presente estudio en torno a una idea nuclear, que trataré de ir desarrollando morosamente: la desvinculación existente entre el desarrollo doctrinal previo a la entrada en vigor de la Compilación de Derecho Civil Especial de Cataluña y los sucesivos textos legales posteriores, por un lado; y, por otro, la incuestionable desafección existente entre los textos normativos, a partir de la Compilación, y la línea jurisprudencial del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña y el pensamiento doctrinal de buena parte de los autores que se han aproximado a su estudio, que parecen en buena medida seguir pensando en la institución consuetudinaria previa.

Es decir: la terna formada por legislación, doctrina y jurisprudencia, que normalmente al reunirse clarifica y completa el

estudio y comprensión de cualquier institución jurídica, aquí aparece como probable fuente de un retorcido galimatías.

A partir de dicha idea, el esquema que he seguido para el desarrollo del presente trabajo parte de la importancia que tiene en esta peculiar institución jurídica determinar su conflictiva naturaleza jurídica. Tal afirmación acaso parezca una perogrullada, pues difícilmente se hace entendible que pueda procederse al estudio de cualquier institución jurídica sin señalar antes cuál es su esencia; pero si dijera que las compraventas con pacto de supervivencia han sido catalogadas como pacto capitular, contrato oneroso y aleatorio, pacto sucesorio, institución familiar o fideicomiso contractual, quizá el lector comience a hacerse una idea de lo arduo de la tarea, dado lo dispar de las propuestas esgrimidas.

Por ello, buena parte del presente trabajo consiste en analizar los estudios previos a la que constituye la primera regulación positiva del pacto de supervivencia: la Compilación de Derecho Civil Especial de Cataluña de 1960. Mi intención es analizar de un modo detallado tales trabajos, que constituyen, a mi juicio, el germen de toda la problemática actual, a fin de estructurar el posterior desarrollo que ha experimentado.

Posteriormente, trataré de construir mi exposición a partir de la siguiente conclusión: que el pacto de supervivencia, tal y como surgió de la práctica consuetudinaria, asentada y desarrollada por la actividad notarial en Cataluña, sufrió una insalvable mutación a partir de la regulación de la misma en la Compilación de Derecho Civil Especial de Cataluña. Tal regulación, al vincular el pacto de supervivencia con las transmisiones gratuitas y el derecho sucesorio, modificó para siempre la naturaleza de la institución consuetudinaria, que desde entonces dejó de existir como tal o, más bien, dejó de existir bajo la denominación de compraventa con pacto de sobrevivencia, positivada en la Compilación.

Guiado por esta idea, me aproximaré a los presupuestos

esenciales de las adquisiciones onerosas con pacto de supervivencia, su contenido y efectos, así como a sus causas de extinción, tratando de iluminar todos estos aspectos con el doble foco del trato legislativo, por un lado, y jurisprudencial y doctrinal, por otro. Es decir, intentaré iluminar la regulación existente bajo las cambiantes luces de las transmisiones onerosas y *mortis causa*.

Finalmente, la última parte de este trabajo está destinada a considerar una interesante propuesta: ¿es posible pactar una adquisición onerosa con pacto de supervivencia bajo las disposiciones del Código Civil? Y si es así, ¿bajo qué forma, y con qué efectos? En el capítulo final, me propongo, a partir de los elementos esenciales de las adquisiciones onerosas con pacto de supervivencia, y sus efectos, encontrar la fórmula más adecuada para su integración pacífica en el Derecho civil común.



## **CAPÍTULO PRIMERO**

### **SOBRE LAS ADQUISICIONES ONEROSAS CON PACTO DE SUPERVIVENCIA**

#### **I. El origen de la institución: la compraventa con pacto de sobrevivencia. Costumbre y práctica notarial**

Según tendremos ocasión de comprobar, la mayor parte de la doctrina ha defendido el origen consuetudinario de las *adquisiciones onerosas con pacto de supervivencia*. En efecto, la costumbre, desarrollada en determinadas regiones de Cataluña, aparece como la más probable fuente de esta institución, que en su origen se revestía de unas características sensiblemente diferentes a las que hoy en día presenta. Sin ir más lejos, su misma denominación ha cambiado, pues a lo largo de buena parte del siglo XX fue conocida como *compraventa con pacto de sobrevivencia*, o bien *compraventa con pacto de supervivencia*.

Ambos conceptos, a día de hoy, resultan sin duda anacrónicos. Y este anacronismo radica esencialmente en el Libro II del Código Civil de Cataluña, que ha modificado tanto la tipología del negocio jurídico que ha de dar cabida al pacto, al sustituir la concreta modalidad contractual de “compraventa” por la más amplia categoría de “adquisiciones onerosas”, como el propio adjetivo calificativo del pacto, desplazando el arcaico y desusado “sobrevivencia” por el más correcto “supervivencia”.

Si bien debe entenderse la sustitución del concepto “compraventa” por el de “adquisición onerosa” como un intento de ampliar el campo de acción de esta particular figura, al permitir la enajenación que precede al pacto bajo una pluralidad de número de negocios onerosos, la sustitución del adjetivo obedece a otros motivos. El término original “sobrevivencia”, que se usó de manera habitual y ha

sido incluido regularmente en todo tipo de textos legales, desde los primeros trabajos de la doctrina a la Compilación de Derecho Civil Especial de Cataluña de 1960, pasando por una gran variedad de resoluciones, tanto de los órganos judiciales como de la Dirección General de Registros y del Notariado, fue sustituido por el derogado Código de Familia por el más correcto “supervivencia”. Tal modificación, si bien intrascendente en cuanto a efectos jurídicos, no resultó caprichosa, pues el vocablo “sobrevivencia” no es reconocido por el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, que prefiere “supervivencia”. El mismo camino ha seguido en su nominación el Libro II del Código Civil Catalán, contra la tradición anterior, manteniendo la línea de paulatinas modificaciones legislativas que se viene manteniendo desde 1960.

Como consecuencia de todo esto, el negocio jurídico que durante buena parte del pasado siglo fue conocido y estudiado bajo una denominación y una forma contractual precisas, tras la entrada en vigor del Libro II del Código Civil Catalán ha experimentado una novedosa y revitalizante mutación. Nos percatamos así, ya desde su mera denominación, de un hecho que el presente trabajo resaltaré en reiteradas ocasiones: la conflictiva naturaleza de esta institución, que prácticamente en todos y cada uno de sus aspectos da pie a numerosas tesis y contradictorios planteamientos.

Dejando cuestiones etimológicas al margen, en su origen la figura que nos ocupa fue conocida como *compraventa con pacto de supervivencia*, y, por tal nombre me referiré a ella cuando haga referencia a toda la etapa previa al Libro II del Código Civil de Cataluña. Pues bien, según decía, esta institución se desarrolló bajo los cauces del derecho consuetudinario. Sin embargo, la costumbre no aparece como la única fuente de la que surgió, pues, junto a ella, su configuración y eficacia deben mucho a la práctica jurídica notarial ejercitada en determinadas regiones de Cataluña.

Como consecuencia de esta circunstancia, la compraventa con

pacto de sobrevivencia parece surgir de un doble molde, sumamente curioso, enriquecedor y complementario, pues al elemento espontáneo y dinámico propio de la costumbre, como fuente de normas jurídicas, se une la labor estricta y técnica de los notarios destinados en dichas regiones, vinculándose así esa fuente no escrita a los usos y prácticas jurídicos de unos contrastados profesionales del derecho, quienes tuvieron que dar acomodo en las escrituras públicas de compraventa que autorizaron a una práctica poco conocida para los foráneos, y con diversas implicaciones de la más diversa índole, pues sus efectos se extendían, de forma poco clara en las más ocasiones, entre la frontera del derecho de familia y el sucesorio, sin olvidar su importante repercusión más allá del ámbito civil, en materia tributaria.

Por todo ello, varios son los escenarios en los que nos debemos fijar a fin de concretar el origen de esta figura jurídica. En primer lugar, parece lo oportuno trazar un marco geográfico-temporal lo más preciso posible, a fin de, a continuación, examinar sobre el mismo la incidencia de su naturaleza consuetudinaria y notarial.

## **1. Delimitación geográfica**

A fin de concretar la precisa demarcación espacio temporal en que se originó y desarrolló la compraventa con pacto de sobrevivencia, debemos remontarnos a los primeros autores que se dedicaron a al estudio de la misma.

Esta búsqueda de fuentes doctrinales encierra una de las notas más peculiares y características de la institución, toda vez que el origen de la misma aparece ligado al derecho consuetudinario, de modo que carecemos de referencias legales escritas. Obligado es por ello destacar el primer trabajo dedicado a su estudio, guiado por una auténtica vocación científica: el desarrollado por VALLET DE GOYTISOLO, sin duda el autor más relevante e influyente de cuantos han estudiado esta institución, según iremos comprobando a lo largo del presente estudio,



en el año 1944<sup>3</sup>.

Hasta entonces, y salvo residuales referencias en diferentes textos relativos de forma genérica al Derecho Catalán<sup>4</sup>, fue una figura que pasó prácticamente desapercibida para la doctrina. Esta afirmación nos conduce a otra de las notas más características y fascinantes de las compraventas con pacto de supervivencia: la modernidad de todos los estudios que la toman por protagonista, y la escasez de los mismos.

Comenzando por su delimitación **geográfica**, podemos comprobar que el territorio en que se desarrolló, y del que presumiblemente surgió, en consecuencia, puede definirse con bastante precisión gracias a los trabajos de los autores que, durante el periodo de tiempo anterior a la promulgación de la Compilación de Derecho Civil de Cataluña, la estudiaron.

Al fin indicado, no parece mal punto de partida el trabajo de PELLA Y FORGAS, quien reconoció la práctica de esta institución “en muchas comarcas pirenaicas de Cataluña, como la diócesis de Gerona y parte alta de la actual provincia de Barcelona, Cardona por ejemplo”<sup>5</sup>.

VALLET DE GOYTISOLO reveló que, en el ejercicio de su labor como notario, había tenido ocasión de autorizar escrituras que incluían el pacto de sobrevivencia en los municipios de Torroella de Montgrí, su primer destino como fedatario público, Granollers o Malgrat<sup>6</sup>. Y que este pacto fue “una cláusula muy frecuente en los distritos notariales del Ampurdán, así como en otras comarcas de Cataluña”<sup>7</sup>.

VIRGILI SORRIBES, otro de los notarios pioneros en el estudio de

---

<sup>3</sup> VALLET DE GOYTISOLO, J.B., “La compraventa por mitades indivisas y con pacto de sobrevivencia. Su naturaleza jurídica y su eficacia en el Derecho común y en el foral catalán”, *Revista de Derecho Privado*, Madrid, 1944 (Tomo XXVIII).

<sup>4</sup> Así SAGUER Y OLIVET, E., *Institución de los Fideicomisos y sus efectos en Cataluña*, Imprenta y Litografías Carreras, Gerona, 1913, pag. 16; PELLA Y FORGAS, J., *Código Civil de Cataluña. Exposición del Derecho Catalán comparado con el Código Civil español*, Librería de A. Bosch, Barcelona, 1918, pag. 242 a 245; y PORCIOLES Y COLOMER, J.M., “Regim Econòmic-Familiar al Baix-Urgell i Segrià”, conferencia publicada en *Conferències sobre varietats comarcals del Pret civil català*, Academia de Jurisprudencia y Legislación de Cataluña, Barcelona, 1934.

<sup>5</sup> PELLA Y FORGAS, J., *op. cit.*, pag. 243.

<sup>6</sup> VALLET DE GOYTISOLO, J.B., “Teleología y Dogmática de la compraventa con pacto de sobrevivencia”, *La Notaria*, Separata, Barcelona, 1946 (4º Trimestre), pag. 5.

<sup>7</sup> VALLET DE GOYTISOLO, J.B., “La compraventa por mitades...”, *op. cit.*, pag. 709.

las compraventas con pacto de supervivencia, manifestó que fue una “institución en plena pujanza en el Distrito notarial de Santa Coloma de Farnés, sobre todo en su marina – Blanes, Lloret de Mar, Tossa de Mar”<sup>8</sup>. Y CALVO SORIANO, también notario en ejercicio, al igual que los dos anteriores autores citados, admitió, a mediados del pasado siglo, que se enfrentó “con el pacto catalán de sobrevivencia, muy frecuentemente en el Distrito Notarial de Figueras (Gerona)”<sup>9</sup>. Como colofón de lo dicho, MARTIN RETORTILLO destacó que resultaba “una figura jurídica típica en el Ampurdán y comarcas próximas”<sup>10</sup>.

Estos primeros estudios citados, escritos los cuatro entre los años de 1944 y 1945, se ven reforzados por una encuesta realizada por la revista *La Notaría* en los años 1967 y 1968. Entre otras cuestiones, se preguntó a los notarios sobre la frecuencia con que se otorgaban compraventas con pacto de sobrevivencia en sus respectivos Distritos<sup>11</sup>. La respuesta dada por aquellos (escasa por otro lado, pues únicamente doce notarios respondieron), fue significativa: los notarios de Piera, Seo de Urgel, Amposta, Manresa y Tarragona informaron, con algunas matizaciones, de que en sus Distritos tal pacto no era frecuente. Por contra, y respaldando los anteriores estudios, los notarios de Gerona, Castelló de Ampurias, La Escala y Olot, sí reconocieron el uso frecuente del pacto de sobrevivencia<sup>12</sup>. Tales manifestaciones nos devuelven al Ampurdán y la provincia de Gerona, lo que nos proporciona un arco temporal de unos cincuenta años al menos, dadas las fechas del primer trabajo citado, el de PELLA Y FORGAS, y de la encuesta, en que el pacto de supervivencia fue otorgado en dicha región de forma continuada en

---

<sup>8</sup> VIRGILI SORRIBES, F., “Problemas que suscita la compraventa con pacto de sobrevivencia cuando existe asociación de compras y mejoras entre los cónyuges compradores”, *La Notaría*, Madrid, 1945, pag. 336.

<sup>9</sup> CALVO SORIANO, A., “Adquisiciones con pacto de sobrevivencia”, *Revista de Derecho Privado*, Número 422, Mayo 1952, pag. 361.

<sup>10</sup> MARTIN RETORTILLO, C., “El impuesto de Derechos reales aplicado a instituciones forales. Compraventa por consortes con pacto de sobrevivencia”, *Revista de Derecho Privado*, Tomo XXIX, enero - diciembre 1945, pag. 438.

<sup>11</sup> RAMONEDA, R. y ROCHA, X., “Encuesta sobre el llamado pacto o cláusula de sobrevivencia”, *La Notaría*, enero – junio 1967, pags. 11 y 12.

<sup>12</sup> RAMONEDA, R. y ROCHA, X., “Resultado de una encuesta”, *La Notaria*, enero – junio 1968, pags. 1 y 2.

las escrituras de compraventa.

Quienes posteriormente han estudiado el pacto de sobrevivencia, en su mayoría se han hecho eco de los precedentes estudios, de forma que casi unánimemente se refieren a Girona y la comarca del Ampurdán como la zona geográfica de origen y desarrollo del pacto de sobrevivencia<sup>13</sup>.

Aparece, pues, este concreto espacio territorial, como la zona precisa donde se desarrolló, y presumiblemente surgió, la práctica de aunar a los contratos de compraventa una cláusula o pacto adicional, por medio del cual se determinaba que el superviviente de los adquirentes, generalmente cónyuges, se convertiría en único propietario de la cosa comprada.

## **2. La práctica notarial. Delimitación temporal**

Según hemos visto, la costumbre de incluir el pacto de sobrevivencia en las compraventas, cumpliendo con los requisitos citados, estaba aparentemente consolidada en la región del Ampurdán cuando comenzaron a aparecer los primeros escritos jurídicos sobre ella, tal y como reconoce VALLET DE GOYTISOLO<sup>14</sup>. Dicho autor confesó que el pacto de sobrevivencia constituyó la mayor sorpresa que el Derecho vivido le reservó a su llegada a la notaría de Torroella de

---

<sup>13</sup> En este sentido: O'CALLAGHAN MUÑOZ, X., *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* dirigidos por ALBALADEJO GARCIA, M., Tomo XXVII, Vol. 2, Artículos 52 a 96 de la Compilación Catalana, Edersa, Madrid, 1990, pag. 100: "Más frecuente en la provincia de Gerona, y especialmente en el Ampurdán".

ROCA SASTRE, R.M., "Las compras con pacto de sobrevivencia", *Estudios de Derecho Civil especial de Cataluña*, Editorial Bosch, Barcelona, 1983, pag. 456: "Al parecer, es la comarca del Ampurdán y en general la provincia de Gerona la más favorable al referido pacto".

LALINDE ABADIA, J., "Regímenes comunitarios en la Compilación de Derecho Civil Especial de Cataluña", *Revista Jurídica de Cataluña*, Barcelona, 1966, pag. 346. Se remite casi en exclusiva al trabajo antes citado de PELLA Y FORGAS.

AMENGUAL PONS, P.J., "Las compras con pacto de sobrevivencia y la Resolución de la Dirección General de Registros y del Notariado de 29 de Diciembre de 1977", *Revista Crítica de Derecho inmobiliario*, 1981, pag. 392. Parte de la referida encuesta de *La Notaría* para situar su origen en la provincia de Gerona y, en especial, la comarca del Ampurdán.

<sup>14</sup> VALLET DE GOYTISOLO, J.B., "La compraventa por mitades...", *op. cit.*, pag. 709.

Montgrí<sup>15</sup>, de lo que se trasluce que fue entonces cuando alcanzó a conocer esta peculiar institución, de la que nunca antes había oído hablar. Este hecho da idea no sólo del desconocimiento general que existía en aquel momento hacía esta figura por parte de la mayoría de los juristas (y que, en menor medida, continúa en nuestros días), sino también del dinamismo de que por aquel entonces gozaba, pues fue la propia práctica profesional la que le puso en contacto con el pacto de supervivencia, probablemente ante el reiterado requerimiento de los vecinos de su distrito notarial de incluir el mismo en las escrituras de compraventa que pretendían otorgar.

Ahondando en esta naturaleza notarial, resulta revelador que gran parte de los autores que escribieron sobre la compraventa con pacto de supervivencia antes de primera regulación escrita en la Compilación de Derecho Civil Catalán de 1960, fueran notarios: el propio VALLET, VIRGILI SORRIBES, CALVO SORIANO, SAGUER Y OLIVET o SANAHUJA Y SOLER, por citar los más relevantes, con la inclusión de un registrador de la propiedad: MARTIN RETORTILLO. Tal circunstancia evidencia que la preocupación por estudiar sus peculiaridades y trascendencia aparece limitada en sus orígenes a los profesionales de esta rama del derecho. Preocupación que parece aún más lógica si nos atenemos al escasísimo material doctrinal existente, pues, como reconoce VALLET DE GOYTISOLO, cuando afrontó el estudio de la compraventa con pacto de supervivencia, únicamente pudo encontrar una breve reseña en la obra de SAGUER OLIVET, y una simple referencia en un artículo de MARTIN MESTRES<sup>16</sup>.

El modo en que cada uno de los fedatarios alcanzara a conocerla resulta poco relevante, ya fuera a través de los propios particulares que, al acudir a los despachos notariales para otorgar las correspondientes escrituras públicas, revelaran su práctica; a través del estudio de los

---

<sup>15</sup> *Ibidem*.

<sup>16</sup> VALLET DE GOYTISOLO, J.B., “La compraventa por mitades...”, *op. cit.*, pag. 709. En el último de los trabajos que dedicó a las compraventas con pacto de supervivencia, “Las compras con pacto de supervivencia en Derecho Catalán”. *Revista Jurídica de Cataluña*, Julio-Agosto, Barcelona, 1955, pag. 291, nota 1, incluyó el trabajo de PORCIOLES COLOMER.

antiguos protocolos, o bien por el trato con otros compañeros. Lo que parece cierto es que la práctica notarial se mostró favorable a su inclusión, de modo que afianzó el pacto y desarrolló su contenido y efectos durante esa primera fase de existencia, previa a la regulación por escrito.

Este componente especialmente activo de los notarios, como ya hemos indicado, fue ratificado por la citada encuesta del año 1968, en la que algunos de los notarios encuestados reveló que, a su parecer, el uso del pacto dependía en gran medida del propio fedatario público, de su criterio a cerca de la conveniencia o no del mismo, así como de sus bondades<sup>17</sup>.

En consecuencia, de esa unión de trabajo diario e inquietud jurídica surgieron los primeros estudios, vinculados necesariamente a aquellos profesionales que tenían una experiencia jurídica de la institución más vívida y cercana. De la importancia de tales estudios da categórico testimonio AMENGUAL PONS, quien afirma que fueron los trabajos de VALLET DE GOYTISOLO y CALVO SORIANO los que dieron a conocer esta institución<sup>18</sup>.

Es llamativo, por otro lado, el hecho de que, de todos estos autores, pioneros en el estudio de la figura que nos ocupa, prácticamente ninguno se interesara de un modo evidente por el origen concreto de la institución, contentándose con partir de su propia experiencia, que remite a la costumbre asentada en aquellas regiones. Y de los posteriores, la mayoría ha tomado su naturaleza consuetudinaria y notarial como algo cierto y reconocido, sin profundizar demasiado, ni plantear dudas<sup>19</sup>.

---

<sup>17</sup> RAMONEDA, R. y ROCHA, X., *op. cit.*, pag. 2.

<sup>18</sup> AMENGUAL PONS, P.J., *op. cit.*, pag. 392.

<sup>19</sup> Así: O'CALLAGHAN MUÑOZ, X., *op. cit.*, pag. 100: "El origen de la institución se encuentra en la práctica notarial que recogía el sentir del pueblo que buscaba la solución que hoy le da la Ley".

QUINTANA PETRUS, J.M., "La compraventa con pacto de sobrevivencia en el Derecho Civil de Cataluña", *Revista Jurídica de Catalunya*, Barcelona, 1989, pag. 875: "Es una institución de procedencia consuetudinaria que era frecuente en algunas comarcas de Cataluña, institución que la práctica notarial fue configurando no sin

Al referirse a dicho origen notarial, y tras relatar una significativa anécdota sobre el mismo<sup>20</sup>, AMENGUAL afirma que “existen múltiples supuestos de pactos de sobrevivencia que datan de principios del siglo pasado, como puede observarse examinando los antiguos protocolos notariales”<sup>21</sup>, precisando a continuación que su aplicación se hizo más frecuente a partir de la Ley del Notariado de 1862.

A modo de muestra, este autor cita varios ejemplos del pacto de sobrevivencia encontrados en diferentes escrituras públicas a lo largo del siglo XIX:

- “En escritura de 3 de junio de 1826, ante el Notario de Gerona, Luis Sala y Peres-Clarás, Miguel Vall-llosera y Juan Vall-llosera, pare y fill de Ayguaviva, venem y per títol y causa de la present venda entregam corporalment o quasi a Joan Rabasseda, Mestre de Casas de la mateixa Parroquia, y a Joseph Rabasseda, també Mestre de Casas de la referida Parroquia, son fill y hereu universal a tots junts y al sobrevivint de ells a soles y als llurs y a qui ells lo sobrevivint de ells a soles voldrà, perpetuament.

- En escritura de 3 de febrero de 1861, ante el Notario de Gerona Narciso Gifré y de Bahí, Cayetano Caballer y Bes vende para siempre a Florentina Armengol Perich, viuda de Jaime Juliá; Joaquín Pelach y Quintana y Teresa Juliá Armengol, de Santa Eugenia, abajo aceptantes, y al *sobreviviente de los tres*.

- En otra de 10 de marzo de 1890, ante el Notario de Bañolas Narciso Moner Casademont, Joan Solé Puigdemont vende

---

problemas”.

AMENGUAL PONS, P.J., *op. cit.*, pags. 392 y 393: “Lo más probable es que tuviera un origen espontáneo y sea una creación consuetudinaria y popular”.

<sup>20</sup> AMENGUAL PONS, P.J., *op. cit.*, pag. 392: “Se ha dicho, sin duda con ánimo de menospreciarla, que es una corruptela elevada a categoría de institución y que nació a principios de siglo ocasionalmente de una curiosa competencia notarial. En la ciudad de Figueras, uno de los Notarios advertía a los matrimonios rurales que si formalizaban las compraventas en su Notaría *les haría gratis el testamento*”.

<sup>21</sup> AMENGUAL PONS, P.J., “Las compras con...”, *op. cit.*, pag. 392.

perpetuamente a las religiosas Catalina Carreras Bertrán, Josefa Paulí Solé, Dolores Matabosch Solé, Dolores Salvador Salliuire, Gracia Rovira Mongrat y María Rosa Salvador Salliuire, *juntas, a las que de ellas vayan sobreviviendo también juntas, y a la última sobreviviente a solas*<sup>22</sup>”.

Así pues, parece que puede probarse como a lo largo del siglo XIX se produjo la práctica de incluir el pacto de supervivencia en escrituras de compraventa, si bien en condiciones algo diferentes a las que posteriormente se legislaron; hecho este que de momento simplemente apuntaré.

La antes señalada referencia que el propio AMENGUAL hizo a un aumento en su uso a partir de la Ley del notariado, mediado el siglo XIX, debe ponerse en relación con lo afirmado por VALLET DE GOYTISOLO, quien apuntó que durante los años en que ejerció la práctica notarial en Torroella de Montgrí (desde 1942 a 1944), “el noventa por ciento de las compras llevaban esa estipulación, hubiesen o no hijos en el matrimonio”<sup>23</sup>. Todo ello conduce a fijar un marco temporal de cerca de cien años (1862-1944), en el que el uso de esta práctica gozó de pleno vigor y vigencia.

Cabe destacarse también, habida cuenta de lo hasta aquí expuesto, que en las regiones en que el pacto de supervivencia se aplicaba de forma usual, este existió sin alcanzar su regulación forma escrita, ni siquiera mediante su inclusión en las colecciones o códigos de uso particular que fueron habituales en Cataluña desde el siglo XIII. Ningún autor cita ningún cuerpo normativo, ya fuera oficial o no.

Este dato no quiere decir que fuera una institución de segunda clase, o que tuviera menos importancia que otras, no; simplemente, revela que, por el motivo que fuera, acaso su sencillez, acaso su cotidianeidad, no se creyó siquiera necesario incluirlo. O tal vez que su origen no sea tan remoto, sino que apareciera a principios del siglo XIX,

---

<sup>22</sup> *Ibid.* pag. 393.

<sup>23</sup> VALLET DE GOYTISOLO, “La compraventa por mitades, *op. cit.*, pag. 709.

y por su inmediatez no resultara consignado en ninguna colección recopiladora de costumbres.

En cuanto a los conflictos surgidos a lo largo del siglo XIX y durante la primera mitad del siglo XX como consecuencia de esta particular práctica, apenas dan fe las resoluciones de la Dirección General de Registros y del Notariado de 5 de julio de 1894 y 17 de septiembre de 1895, siendo sin duda más relevantes las de 19 de mayo de 1917, 24 de abril de 1918 y de 5 de mayo de 1932; en especial la de 19 de mayo de 1917<sup>24</sup>. Esto no hace sino evidenciar el escaso trato que ha tenido una institución que, desde su mismo origen, ha planteado multitud de dudas, problemas e interrogantes.

Teniendo, pues, en cuenta tan escaso repertorio, así como que, hasta que fue promulgada la Compilación de Derecho Civil de Cataluña de 1960, el pacto de sobrevivencia careció de regulación escrita en el derecho positivo, contamos que, durante este primer periodo de origen y fundamentación, fueron únicamente la práctica notarial y la opinión de la doctrina (escasa también, e integrada en su mayor parte por notarios vinculados a Cataluña) las que definieron, con mayor o menor acierto, los límites, naturaleza y características de este pacto.

### **3. La costumbre**

Tras todo lo dicho hasta aquí, no parece en absoluto aventurado, continuando con la tradición reconocida por tantos juristas de tan reconocido prestigio, situar el origen de la compraventa con pacto de supervivencia en la costumbre enraizada en esas concretas regiones de Cataluña, al menos a partir del siglo XIX. Costumbre que contó con el inestimable apoyo, según se a dicho, de la labor notarial para desarrollarse, afianzarse y armarse de una serie de características

---

<sup>24</sup> En esta última, encontramos la transcripción literal del pacto objeto del recurso: “los compradores convienen entre sí, que el que de ellos sobreviva adquiriera la mitad de dicha finca correspondiente al premuerto, en términos que el tal sobreviviente quede dueño de la totalidad de la finca”.



comunes.

Resulta en este sentido ciertamente sugestivo imaginar el marco jurídico existente en tal lapso de tiempo en Cataluña, cuando aún estaba vigente el *Corpus Iuris Civilis* de Justiniano, y la última codificación oficial databa del año 1704, la *Tercera Recopilación de las Constituciones de Cataluña*. En esta situación, de carácter marcadamente inmovilista en cuanto a la novedad legislativa propia, la costumbre tuvo que aparecer como verdadero motor de la creación e innovación jurídica. No en vano, el sistema jurídico catalán reposaba sobre la costumbre, a la que se reconocía mayor fuerza que a la ley escrita, a la que se anteponía en caso de conflicto<sup>25</sup>.

En consecuencia, encontramos que el sistema normativo vigente en el momento en que el pacto de supervivencia despuntaba en la vida jurídica catalana de un modo cada vez más manifiesto, encontraba un esencial punto de apoyo en la autoridad de la costumbre, caracterizándose incluso por primar esta en caso de conflicto sobre la ley escrita.

Ahora bien, ¿qué debemos entender por *costumbre* como Fuente del Derecho?

Teniendo en cuenta el ámbito territorial de la institución que nos ocupa, y dada la importancia histórica del Derecho Romano en el Ordenamiento Civil Catalán, acaso podríamos comenzar citando la definición clásica de ULPIANO, quien consignó que “*mores sunt tacitus consensus populi, longa consuetudine inveteratus*”.

Y es que la definición del jurista romano pone de manifiesto dos

---

<sup>25</sup> En relación con lo dicho, CASTAN TOBEÑAS, J., *Derecho Civil Español, Común y Foral, Ideas generales. Teoría de la Norma Jurídica*, Tomo Primero (*Introducción y Parte General*), Volumen Primero, Reus, S.A., Madrid, 1975, pag. 458. Destaca que fue manifiestamente reconocida la preeminencia general de la costumbre en Cataluña en tiempos anteriores a la Compilación de 1960; y precisa que tal preeminencia fue tan notoria que únicamente dio pie a discusión cuando se planteó si podían ser derogadas por la costumbre las leyes catalanas hechas en Cortes, de carácter paccionado. La respuesta que buena parte de la doctrina dio fue afirmativa, pues se concluyó que costumbre podía derogar incluso a las leyes paccionadas (Constituciones, Capítulos y Actos de Cortes), dado que la *generalidad* sustituía al consentimiento expreso del legislador.

de los elementos que tradicionalmente se han destacado como esenciales para la válida configuración de la costumbre como fuente del derecho: el elemento interno, o consentimiento popular; y el externo, o reiteración y mantenimiento durante un prolongado lapso de tiempo.

A partir del reconocimiento de estos dos elementos, se configuró la teoría tradicional o romano-canónica, según la cual la costumbre surge de la concurrencia de dichos elementos: uno externo u objetivo, consistente en la repetición de actos de un modo uniforme por la generalidad del grupo a lo largo del tiempo; y otro interno o subjetivo, que es la idea o convicción del carácter obligatorio de la norma<sup>26</sup>.

DE CASTRO, a la hora de analizar los requisitos que han conformado tradicionalmente la eficacia de la costumbre, señaló que era necesaria la concurrencia de tres elementos. En primer lugar, el uso u observancia del lugar, que debía a su vez reunir tres características: el *uso del lugar*, que es lo empleado o mantenido por la totalidad o la mayor parte de un pueblo, o por una misma clase dentro del mismo; el *número de actos*, que hace hincapié en la necesidad de la reiteración de dichos actos; y el *tiempo de duración*, respecto del cual, tras múltiples debates, se concluyó que no es necesario un tiempo determinado para que nazca la costumbre, sino más bien su uso continuado durante un cierto tiempo, sea el que sea. En segundo lugar, la *rationalis*, o concordancia con los principios generales; esto es, la conveniencia de la costumbre con la ley y la justicia. Y en tercer lugar la aprobación del poder soberano, esto es, su consentimiento, expreso o tácito<sup>27</sup>.

Aplicada la costumbre a la actualidad, sin embargo, las conclusiones de DE CASTRO fueron que esta debe reunir unos requisitos u otros según de qué tipo de costumbre se trate, y así distinguió la costumbre extraña a la regulación del Código Civil, supeditada a los regímenes forales. La costumbre supletoria de origen independiente, que debía reunir los requisitos de uso local, uso como

---

<sup>26</sup> *Ibid.*, pag. 434.

<sup>27</sup> DE CASTRO Y BRAVO, F., *Derecho Civil de España*, Tomo I, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2008, págs. 437 a 439. Se refiere primeramente a estos caracteres como *usum populi, frequentia usus y temporis diuturnitate*.

costumbre y concordancia con los principios generales; esto es, conducta uniforme, frecuente y duradera de los habitantes de lugar, grupo o clase, impuesta socialmente y cumplida, y racional o respetuosa con las normas vigentes. Y, finalmente, la costumbre a la que se remite especialmente la ley, a la que basta la conducta normal o regular del grupo de interesados<sup>28</sup>.

El Tribunal Supremo, en sentencia de 24 de febrero de 1962, redujo la problemática inherente a la válida formación de la costumbre a la concurrencia de dos elementos: uno externo, o de hecho, consistente en *actos libres percibidos como tales por los sentidos corporales* y otro interno, consistente en la invención y convicción de *crear, modificar o extinguir relaciones o situaciones de hecho*.

A la hora acuñar una definición precisa de la costumbre, DE CASTRO apuntó que había que restringirse a su “significado típico, especial y tradicional en Derecho, de norma creada e impuesta por el uso social”<sup>29</sup>, con lo que reveló la importancia de la conducta humana reiterada en el tiempo, como base necesaria sobre la que asentar su poder normativo.

Ahora bien, la precisión buscada por DE CASTRO tiene su origen en la advertencia de que sobre el concepto técnico de costumbre existe una larga desorientación por parte de la doctrina<sup>30</sup>. En efecto, al estudiar la costumbre en nuestro ordenamiento jurídico, se ha reiterado tradicionalmente lo vagos e imprecisos que son los criterios que permiten definir la costumbre. Junto a los problemas derivados del propio matiz jurídico de la costumbre como fuente del derecho, la mayor dificultad surge a la hora de afrontar la imprecisión que delimita la costumbre frente a los usos. Y es que el límite diferenciador entre ambas figuras es tan difícil de trazar, que no hace sino evidenciar el evidente grado de parentesco que existe entre ambas instituciones, de modo que podría decirse que, siendo el uso el género, la costumbre

---

<sup>28</sup> *Ibid.*, pags. 442 y 443.

<sup>29</sup> *Ibid.*, pag. 406.

<sup>30</sup> *Ibid.*, pag. 404.

constituye una especie del mismo.

Sin embargo, hay una serie de elementos que han sido reiteradamente señalados por la doctrina como definidores de la costumbre. En este sentido, se puede concretar que el concepto jurídico de costumbre viene delimitado por los siguientes requisitos<sup>31</sup>:

- La costumbre, en cuanto norma, tiene el valor y categoría de norma jurídica general.

- La voluntad y la convicción son las que caracterizan la costumbre como “mandato jurídico general”. La fuerza de la costumbre como norma jurídica proviene de “la voluntad, de la comunidad o grupo que la observa, de crear o establecer norma de comportamiento, y la consciencia de que el comportamiento habitual la constituye y manifiesta”<sup>32</sup>.

- Su uso ha de ser reiterado y extensivo; esto es: debe darse de forma regular y ha de ser aceptado y cumplido por la mayoría de un grupo social.

- Finalmente, ha de ser posible constatar el uso de la costumbre como norma a lo largo del tiempo. No se concibe la costumbre como una simple moda o un comportamiento caprichoso, sino que debe constatarse su uso prolongado a lo largo del tiempo.

Se ha resaltado por la doctrina, en la línea de lo hasta ahora expuesto, que al constituir la costumbre la práctica reiterada y efectiva de una misma conducta, entre los elementos que pueden considerarse imprescindibles para su existencia como norma jurídica<sup>33</sup>, destaca la

---

<sup>31</sup> *Ibid.*, pags. 139 a 146.

<sup>32</sup> GORDILLO CAÑAS, A., *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por ALBALADEJO GARCIA, M., Tomo I, Vol. 1, Artículos 1 al 7 del Código Civil, Edersa, Madrid, 1992, pag. 141. Se refiere a este extremo como “autonormación social”.

<sup>33</sup> ALBALADEJO GARCIA, M., *Derecho Civil I, Introducción y Parte General*, Edisofer, Madrid, 2013, pags. 62 a 65. Señala que los requisitos que debe reunir la costumbre son los siguientes:

- El *uso*, o realización de actos externos de forma general, duradera y constante.
- La *opinio iuris*, o voluntad general de que tal uso sea jurídicamente relevante.
- El no ser contraria a la moral, al orden público, ni a la ley.

*opinio iuris seu necessitatis*, que puede ser considerada como el elemento espiritual, y que constituye la creencia por quienes la cumplen de que resulta exigible como norma jurídica<sup>34</sup>.

Y es que es esa voluntad de regular de modo *jurídico* una determinada situación la que diferencia los meros usos de la costumbre como Fuente del Derecho. En este sentido, la sentencia del Tribunal Supremo de 18 de abril de 1951 puso de manifiesto que para que se cree la costumbre es necesaria “la repetición de actos realizados con *intención jurídica*”.

En definitiva, lo que se evidencia es que elementos tales como la reiteración en el tiempo, el convencimiento por la mayor parte de un grupo a cerca de su validez y vigencia, o su adecuación a criterios de razón y moral, son los que sustentan la plena validez y eficacia de la costumbre como norma aplicable e integrante del ordenamiento jurídico.

Todo lo dicho puede predicarse del ámbito propio del Derecho de Cataluña, así como de la institución que nos ocupa. Sin embargo, el ordenamiento catalán ha gozado tradicionalmente de características propias, y en este sentido es relevante el hecho de que, con anterioridad a la entrada en vigor de la Compilación, rigiera en Cataluña el sistema propio del Derecho Canónico, que se empleaba por aquel entonces como derecho supletorio en primer grado. Este sistema propugnó que la costumbre, a fin de gozas de eficacia con fuerza de ley debía reunir los principios esenciales siguientes<sup>35</sup>:

- *Rationabilis*: la costumbre debía ser conforme a la razón y la verdad.
- *Legítima praescripta*: mantenida durante el tiempo suficiente como para formar prescripción.

---

<sup>34</sup> BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R., *Comentarios al Código Civil*, dirigidos por BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R., Tomo I, Tirant lo Blanc, Valencia, 2013, pag. 80. Más reticente respecto de su valor y utilidad se mostró CASTRO Y BRAVO, F., *op. cit.*, pags. 440 y 441, llegando a dudar incluso de que fuera un criterio válido de distinción respecto del uso.

<sup>35</sup> CASTAN TOBEÑAS, J., *op. cit.*, pag. 459.

- *Repetita*: formada por la repetición de actos.
- *Probata*: a juicio de los Tribunales.

En definitiva, nada demasiado distinto a lo dicho: la manifestación externa de la costumbre, basada en la reiteración de actos por la mayoría de la colectividad a lo largo del tiempo, junto con el convencimiento de obrar conforme a criterios de verdad y razón, asientan la costumbre, que se yergue como verdadera Fuente del Derecho.

Frente a la justa crítica que distintos autores han vertido sobre la regulación actual de la costumbre, poniendo de manifiesto su nula incidencia real hoy en día como fuente eficaz del Derecho<sup>36</sup>, así como la “imprecisión con que el legislador se refiere a ella cuando la contempla”<sup>37</sup>, el sistema catalán vigente con anterioridad a la Compilación de Derecho Especial de Cataluña, promulgada en 1960, regido por disposiciones legales de extraordinaria longevidad, contaba, como ya hemos dicho, con la primacía de la costumbre sobre la Ley escrita, lo que da buena idea de su importancia real en aquel entonces.

Y es que la costumbre, como fuente del Derecho, enlaza con aquellos tiempos en que aquella actuaba de forma dinámica, como verdadera emanación de normas jurídicas. En épocas menos proclives, y también menos posibilitadas, a producir a gran velocidad todo tipo de textos legales, la costumbre cumplía una necesaria función como fuente de normas jurídicas, supliendo los vacíos legales o enmendando las particularidades propias de una determinada región.

En consecuencia, tal situación favoreció que, de forma local, se desarrollara un derecho al margen de la ley escrita, dando lugar a la existencia de derechos especiales (comarcales o locales), que se fueron asentando a lo largo del tiempo. La doctrina ha señalado como causas del desarrollo de estos derechos la disolución de la unificación jurídica visigoda, el desarrollo de costumbres propias para solucionar nuevos

---

<sup>36</sup> Véanse por todos DE CASTRO Y BRAVO, F., *op. cit.*, pag. 421, y GORDILLO CAÑAS, A., *op. cit.*, pag. 79.

<sup>37</sup> GORDILLO CAÑAS, A., *op. cit.*, pag. 79.

problemas y necesidades, los privilegios otorgados, y las disposiciones judiciales o administrativas dictadas por los órganos de esas localidades<sup>38</sup>.

Como consecuencia de estos factores, esa importante normación consuetudinaria se fue desarrollando y asentando, hasta que, a lo largo de los siglos XIII, XIV y XV, buena parte de ellas comenzaron a recogerse por escrito. Aparecieron así diversas colecciones escritas de derecho local o comarcal, llamadas *Costums*, *Consuetudines*, *Capítols o Privilegis*, de contenido sumamente heterogéneo, que en ocasiones se estructuraron como auténticos cuerpos normativos, mientras que otras veces funcionaron como meras enumeraciones de privilegios y costumbres.

En tales recopilaciones se recogieron costumbres de ámbito local, desarrolladas a la sombra de la legislación y las costumbres de ámbito general; privilegios y concesiones particulares; Ordinaciones; Estatutos y Decisiones de las autoridades locales; y normas procedentes de la extensión del Derecho de una demarcación territorial a otra<sup>39</sup>.

Estas recopilaciones, la mayoría escritas bajo iniciativa privada, rara vez tuvieron carácter oficial, y se organizaron de los más diversos modos: unas bajo la forma de cuerpos codificados, otras como meras enumeraciones de costumbres y privilegios.

La consecuencia de todo esto es que, antes de 1960, encontramos, junto a los cuerpos legales vigentes, recopilaciones de derecho local, formados por de costumbres y privilegios, y, finalmente, derecho consuetudinario no escrito. Pues bien, la práctica habitual, en relación con la existencia de normas locales, fue la consignación de la aplicación preferente del derecho local, eminentemente consuetudinario, al general, así como la aplicación supletoria, en defecto de ambos, del Derecho Romano y del Derecho común romano-

---

<sup>38</sup> MIRAMBEL ABANCO, A. y SALVADOR CODERCH, P., *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* dirigidos por ALBALADEJO GARCIA, M. y DIAZ ALABART, S., Tomo XXVII, Vol. 1, Artículos 1 al 51 de la Compilación de Cataluña, Edersa, Madrid, 1981, pag. 147, nota pie de página 2.

<sup>39</sup> *Ibidem*.

canónico<sup>40</sup>.

Este sistema de prelación de fuentes fue preparado por una pragmática de Pere III dada en Barcelona en 1380, pero su verdadera consolidación llegó en las Cortes de Barcelona de 1599 con el capítulo de Felip II, en el que se sancionó lo siguiente:

*Els Dctors del Real Consell hagen de decidir y votar las causes ques aportarán en la Real Audiencia conforme t segons la dispositio dels Usatges, Constitucions y Capítols de Cort y altres drets del present Principat y Comtat de Roselló y Cerdanya; y en los casos en que dits Usatges, Constitucions y altres drets faltarán, hagen de descidir las dites causes segons la dispositió del dret canonich; y aquell faltant, del civil y doctrina dels Doctors*<sup>41</sup>.

Posteriormente, el Decreto de Nueva Planta de 16 de enero de 1716 suscitó la duda de si el sistema de fuentes regulado por las Constituciones de Cataluña, incluida la referida de 1599, quedaba tal y como se ha expuesto, o bien si debía de ser tenido por derecho supletorio, en defecto del derecho común romano-canónico, el Derecho Castellano, recogido entonces en la Nueva Recopilación, y más adelante en la Novísima Recopilación.

La disputa sobre tal cuestión duró más de un siglo, pues encontramos que el Tribunal Supremo, en sentencia de 21 de mayo de 1845, decidió sobre el particular, considerando como derecho supletorio aplicable en Cataluña el Derecho Canónico y el Derecho Romano<sup>42</sup>.

Todo lo dicho hasta aquí no busca sino poner de relieve la extraordinaria importancia que, hasta mediados del Siglo XX, tuvo la costumbre, como verdadera, viva y dinámica fuente del Derecho, en Cataluña. Sin embargo, la promulgación de la Compilación de Derecho Civil Especial, en buena medida, puso fin a esta situación, lo cual es

---

<sup>40</sup> *Ibid.*, pags. 150 y 151.

<sup>41</sup> *Ibid.*, pags. 11 y 12.

<sup>42</sup> *Ibid.*, pags. 12 a 16.



algo, por otro lado, perfectamente lógico. Al preparar su redacción, en la misma se incluyeron muchas de las figuras que, hasta entonces, habían mantenido su existencia al exclusivo amparo del derecho consuetudinario, de modo que su entrada en vigor alteró notablemente el sistema de fuentes anterior, pues muchas instituciones pasaron a quedar reguladas como normas jurídicas codificadas por primera vez, de modo que la importancia de la costumbre paso a un relegado segundo plano.

En tal situación se encontró la compraventa con pacto de supervivencia, según veremos.

#### **4. Fundamento jurídico – sociológico**

Ahora bien, ¿por qué surgió la costumbre de incluir el pacto de sobrevivencia en las compraventas, y por qué en Cataluña?

La mayoría de los autores que se han referido a los motivos de aparición de la compraventa con pacto de supervivencia, vinculan su origen con las notorias injusticias derivadas del régimen de separación de bienes y la presunción muciana, de cuyo juego conjunto se derivaba que todas las ganancias del matrimonio que no provinieran de los bienes parafernales de la esposa, fueran atribuidas al marido.

En el sentido indicado, la realidad puesta de manifiesto por VALLET DE GOYTISOLO deja poco lugar a dudas:

“Rige en la provincia de Gerona, como en casi toda Cataluña, el régimen dotal de separación de bienes, con atribución al marido de todas las ganancias del matrimonio no provenientes de los parafernales de la mujer. Pero cuando ésta labora para la casa con su trabajo doméstico, continuo y de verdadero sacrificio, aunque poco brillante y ostensible, y ayuda a la constitución del pequeño patrimonio familiar con su tradicional virtud del ahorro, es indiscutiblemente injusto negarle la más pequeña participación en estas ganancias, obligándola a estar a las duras sin gozar de las maduras, tanto más cuanto que son

exiguos sus derechos en caso de viudez (...). Es muy frecuente que los mismos maridos, agradeciendo el sacrificio y esfuerzo callado de sus mujeres, corrijan aquella injusticia, bien celebrando compras a nombre exclusivo de la mujer, y muchísimo más frecuentemente realizándolas conjuntamente por mitades a favor de los dos y con el estudiado pacto de sobrevivencia, pagándose el precio con dinero exclusivo del marido, pero proveniente de las ganancias matrimoniales. Este pacto, en definitiva, supone una modificación del régimen matrimonial, pero realizada no sobre la totalidad del patrimonio, sino parcialmente sobre una parte o todas las ganancias”<sup>43</sup>.

CALVO SORIANO, quien no fue precisamente partidario de muchas de las conclusiones de VALLET sobre el pacto de sobrevivencia, según veremos, sí coincidió plenamente con él en este punto, y así afirmó que lo dicho recogía “con gran exactitud la realidad social catalana”<sup>44</sup>. Afirmación que respaldó con la declaración que sigue:

“El Derecho foral de Cataluña carece de protecciones viduales en sentido propio. El varón no tiene ningún derecho sucesorio legal forzoso, ni defensa alguna en el ordenamiento positivo; y no cabe duda, pese a la presunción muciana, que si el esposo es radicalmente pobre y la esposa rica con patrimonio estrictamente parafernial, en caso de que la viudez del primero lo sorprenda en la ancianidad, puede llegar a encontrarse en la más absoluta miseria y sin las energías físicas indispensables para hacer frente a tal contingencia. Los llamados beneficios viduales que se otorgan a la esposa supérstite, tampoco representan auténticos derechos legitimarios en la sucesión del premuerto: la tenuta, porque viene a ser un simple derecho de retención, que presupone para su juego el correspondiente crédito dotal o por razón de esponsalicio a favor de la viuda en cuya garantía se concede; el año de luto, cuya brevedad temporal tan gráficamente

---

<sup>43</sup> VALLET DE GOYTISOLO, J.B., “La compraventa por mitades...”, op. cit., pag. 728.

<sup>44</sup> CALVO SORIANO, A., op. cit., pag. 389.

expresa su nombre, por su contenido económico tan escaso que sólo tiende a cubrir durante ese corto período de tiempo las necesidades ordinarias de la viuda, y, en fin, la cuarta marital, porque según las fuentes romanas vigentes al respecto en Cataluña, sólo corresponde a la viuda “inops e indotada”, ostentando por tanto un carácter inseguro y contingente y no rígido como habría de ser en el supuesto de tratarse de un auténtico derecho legitimario. Por ello, la pavorosa perspectiva legal de viudedad no tiene otra fórmula de garantía que la oportuna previsión de los esposos”<sup>45</sup>.

MARTIN RETORTILLO, de forma más resumida, también consideró el régimen de separación de bienes y la presunción muciana como el motivo principal del otorgamiento de la compraventa con pacto de sobrevivencia por los cónyuges adquirentes<sup>46</sup>.

Así pues, ante la evidencia de lo precario de la situación de la mujer por aquel entonces, parece razonable, y hasta justificado, que fuera la inquietud existente ante tal situación la que condujera a no pocos matrimonios a buscar favorecer a la esposa, con la finalidad de corregir en lo posible dichos excesos. Y para ello aparece el pacto de sobrevivencia, cuya finalidad original sería así proteger y amparar a los cónyuges de los desmanes derivados del rigor del entonces vigente régimen de separación de bienes.

El origen del pacto, desde esta perspectiva, iría vinculado en consecuencia a la voluntad de los cónyuges de paliar, en la medida de lo posible, los acusados desajustes económicos derivados del fallecimiento de uno de ellos, y en especial del marido; desajustes aún mayores si consideramos que, en la mayor parte de los casos, el patrimonio familiar estaba formado casi en exclusiva por el hogar conyugal.

En este ajustado marco, el pacto de sobrevivencia presentaría la

---

<sup>45</sup> CALVO SORIANO, A., *op. cit.*, pag. 389.

<sup>46</sup> MARTIN RETORTILLO, C., *op. cit.*, pag. 439.

ventaja (frente a las capitulaciones matrimoniales o el testamento) no sólo de su inmediatez (pues uno de los requisitos que debe cumplir dicho pacto es figurar en la misma escritura de compraventa), sino también de su menor coste, ya que no se originaría ningún gasto añadido por otorgarse nuevas escrituras, hecho este por el que algunos se han referido tradicionalmente al pacto de sobrevivencia como el “heredamiento del pobre”<sup>47</sup>, ya que las personas pudientes, por lo general, siempre podrían acudir a figuras más seguras y complejas, como las citadas capitulaciones matrimoniales, los distintos tipos de heredamiento o el propio testamento, que por otro lado acaso se adecuaran mejor a sus circunstancias.

Sin embargo, el pacto de sobrevivencia, al hacer titular único del inmueble al cónyuge sobreviviente, ofrecía al mismo una gran ventaja, al asegurarle el mantenimiento del hogar conyugal frente a los herederos, ya que, en principio, se evitaba su tránsito al haber hereditario, y, al recaer el pleno dominio en una sola persona, se excluía el ejercicio de la *actio communi dividundo*. Circunstancia esta que se antoja trascendental en el ánimo de los esposos a la hora de acordar la inclusión de dicho pacto en la escritura de compraventa, más aún si tenemos en cuenta que el patrimonio conyugal, como hemos dicho ya, en la mayoría de los casos estaba formado en exclusiva por el hogar familiar.

Precisamente este ánimo de proteger al otro cónyuge constituye un elemento esencial a la hora de abordar la naturaleza jurídica de las compras con pacto de sobrevivencia, según veremos, especialmente en relación con la causa de dicho pacto y el ánimo de cada uno de los esposos.

---

<sup>47</sup> PUJOL CAPILLA, P., *La compraventa con pacto de sobrevivencia*, J.M. Bosch, Barcelona, 2004, J.M. Bosch Editor, pag. 67.

## **5. Ámbito subjetivo de aplicación original, y su relevancia como elemento conformador de la institución**

Ahora bien, tras todo lo dicho, surge otra pregunta igualmente interesante: ¿se produjo ya desde su origen este pacto única y exclusivamente entre cónyuges?

VALLET DE GOYTISOLO, desde su privilegiada posición de Notario ejerciente en Cataluña, como se ha dicho desde 1942 (Torroella de Montgrí), nos recuerda cómo tuvo la oportunidad de incluir en repetidas ocasiones en los contratos de compraventa en los que los compradores eran un matrimonio, un pacto mediante el cual, tras el fallecimiento de uno de estos, el otro quedaba como único propietario del mismo. Ahora bien, tras reconocer que dicho pacto rara vez dejaba de pactarse entre cónyuges, admitió que “alguna vez aparece también, esta estipulación, en compras realizadas conjuntamente por hermanos, sobre todo si estos son ya de edad avanzada y carecen de descendientes, e incluso la he visto, excepcionalmente pactada, en una compraventa realizada por extraños”<sup>48</sup>. Más tarde precisó que “esta compra aludida fue otorgada en Granollers, hace ya años, sobre una finca de Torroella de Montgrí, donde llegó a mis manos como antecedente para otro documento, y que los compradores que concertaron aquel pacto eran un sacerdote y una parienta lejana suya, de edad proveya, que le hacía de ama (*majardona*). Posteriormente, en Malgrat, autoricé una compraventa de un solar que adquirieron con el pacto estudiado una señora solterona y un sobrino suyo que vivía en su compañía desde niño. Y algún compañero del Ampurdán, que no recuerdo cuál fue, me aseguró haberlo visto pactado entre un padre (o madre) viudo y uno de sus sobrinos”<sup>49</sup>. En ninguno de estos casos parece que el notario apreciara impedimento alguno para la eficaz inclusión del pacto en la escritura pública de compraventa.

La constatación de este hecho podría hacer que todas las

---

<sup>48</sup> VALLET DE GOYTISOLO, J.B., “La compraventa por mitades...”, *op. cit.*, pag. 709.

<sup>49</sup> VALLET DE GOYTISOLO, J.B., “Teleología y Dogmática...”, *op. cit.*, pag. 5.

referencias que vinculan el origen de esta institución con la indicada motivación protectora de los cónyuges se tambaleara, dado que tal ánimo no encuentra semejante acomodo. Más bien, en estos supuestos acaso habría que acudir a la intención de disponer el curso a seguir por el bien objeto del contrato tras el fallecimiento de uno de los compradores, evitando, o tratando de evitar, que pasase a formar parte del caudal relicto del fallecido.

Sin embargo, esto no tiene por qué ser necesariamente así. Nada obsta a que la institución surgiera del referido espíritu protector, persiguiendo paliar las injusticias derivadas del sistema de separación de bienes en a lo largo del siglo XIX, y que, una vez configurada y definidos, más o menos, sus cauces formales y materiales, se ampliara su campo de acción por otros sujetos, no cónyuges, quienes tomando como fundamento el principio de autonomía de voluntad, así como los márgenes necesariamente difusos de una institución de naturaleza consuetudinaria, y poco estudiada y aún menos pleiteada, amoldaron el pacto a sus propios intereses. Incluso podría ser a la contra, que surgiera en un primer momento la costumbre de incluir en contratos de compraventa este tipo de pacto, sin atender en modo alguno al grado de parentesco entre los compradores<sup>50</sup>, y que el paso del tiempo y la finalidad de protección conyugal llevaran a asentar su práctica de modo mayoritario entre los esposos.

Sea del modo que sea, lo que sí parece deducirse de todo esto es que desde los orígenes del pacto de sobrevivencia hasta su primera regulación en la Compilación de Derecho Civil Catalán, pese a que en la práctica lo habitual fue que los sujetos protagonistas del pacto fueran cónyuges catalanes, este requisito no apareció como estrictamente necesario, si bien es cierto que la mayor parte de las veces se acordara entre los mismos, como consecuencia de las especiales características del régimen económico matrimonial de separación de bienes.

En consecuencia, y sin ser todavía el momento de analizar qué

---

<sup>50</sup> Tal y como reflejan los textos antes transcritos recogidos por AMENGUAL PONS, *op. cit.*, pag. 393.

diferencias pueden existir entre la compra protagonizada por un matrimonio y por dos personas cualesquiera, sí conviene dejar ya constancia de algo cuya importancia pondremos de manifiesto más adelante, y es que desde el presunto origen de la compraventa con pacto de sobrevivencia en el siglo XIX y hasta su primera regulación, no se vio limitada su práctica a los cónyuges catalanes casados en separación de bienes, sino que su uso y aplicación se extendió a una gama más amplia de compradores <sup>51</sup>, quienes pudieron otorgar la correspondiente escritura pública de compraventa con dicho pacto sin ningún impedimento. Fue el posterior desarrollo doctrinal, fundamentalmente a partir de los años cuarenta del pasado siglo, en el que participaron autores como los ya citados VALLET DE GOYTISOLO, CALVO SORIANO, AMENGUAL PONS, MARTIN RETORTILLO y VIRGILI SORRIBES, y otros como PORCIOLES I COLOMER, FAUS I CONDOMINES o PELLA I FORGAS, el que comenzó a delimitar los márgenes de la compraventa con pacto de supervivencia, ajustándolos a una institución cuya práctica quedó reducida con la Compilación a los matrimonios casados en régimen de separación de bienes, al menos en un primer momento.

Según lo hasta aquí expuesto, y a modo de conclusión, podemos afirmar que el origen de la compraventa con pacto de sobrevivencia aparece vinculado a la costumbre existente en la provincia de Gerona, y más en concreto en la región del Ampurdán, desde al menos comienzos del siglo XIX, de pactar en las compraventas con al menos dos compradores que, a la muerte de uno de ellos, el sobreviviente quedara como único propietario del bien adquirido.

---

<sup>51</sup> VIRGILI SORRIBES, F., *op. cit.*, pags. 339 y 340. Defendió su inclusión incluso en compras llevadas a cabo por cónyuges casados en régimen de gananciales: “En un momento determinado, la finca al comprada por los cónyuges por mitad y pro-indiviso ingresa en la sociedad de gananciales; pero en otro momento subsiguiente, al pactar los mismos cónyuges el pacto de sobrevivencia sale de ella. La estipulación del pacto de sobrevivencia no implica una modificación del régimen legal de gananciales”.

## 6. Otras tesis sobre el origen de la compraventa con pacto de sobrevivencia

Pese a la escasa repercusión que han tenido, creo que merece la pena poner de manifiesto que no toda la doctrina ha opinado de modo uniforme en relación con el origen de la compraventa con pacto de sobrevivencia.

De acuerdo con las casi centenarias investigaciones de PELLA Y FORGAS<sup>52</sup>, los antecedentes más remotos del actual pacto de supervivencia estarían ligados al *don mutuel* de las antiguas legislaciones francas y feudales, que aparece en las *Coutumes* de París, Bretaña, Anjou, Saboya y Troyes, desde donde se extendió al Rosellón y la Cerdaña, y desde ahí a muchas comarcas pirenaicas de Cataluña.

De hecho, su origen aún se podría remontar más atrás en el tiempo, según este autor: a los tiempos de Justiniano, quien, en su opinión, admitió el pacto de sobrevivencia entre los nobles, acaso como consecuencia de la hermandad, comunidad o *agermanent en Cataluña*, como una más de tantas claudicaciones efectuadas por el Derecho romano ante las legislaciones de los germanos. Su regulación primera se encontraría así en el *Código de Justiniano*, Libro II, Título III, donde se lee:

*Ut is qui supervixerit, alterius rebos poliatur.*

Y también: *Ut ad eum qui superstes fuisset res ujus cui casus finem vitae altutisset, pertinerent*<sup>53</sup>.

Esta vinculación con instituciones de tan largo recorrido histórico, no obstante, se antoja más una búsqueda de remotos inspiradores del pacto de supervivencia, que un encuentro de antecedentes directos. Existen dudas de que el *don mutuel* de las

---

<sup>52</sup> PELLA Y FORGAS, J., *op. cit.*, pag. 243, nota pie de página 2.

<sup>53</sup> *Ibidem*.



*Coutumes* de París, Bretaña, Anjou, Saboya y Troyes pueda ser considerado como un antecedente directo de las compraventas con pacto de supervivencia, dado que tal institución, propia del derecho consuetudinario de dichas comarcas francesas, contenía rasgos distintivos y diferenciadores propios<sup>54</sup>.

En efecto, el *don mutuel* se configura como un acuerdo entre cónyuges, en virtud del cual, dado el fallecimiento de uno de ellos, el superviviente disfrutaría de un usufructo durante el resto de su vida sobre los bienes integrantes de la comunidad matrimonial<sup>55</sup>. Y, aunque la supervivencia aparece como un elemento constitutivo de tal institución, así como el vínculo matrimonial, ni la finalidad, ni las exigencias y limitaciones que configuran el pacto de supervivencia en vida, ni tan siquiera el derecho objeto del negocio (usufructo frente a derecho de propiedad), permiten confundir ambas instituciones, aunque acaso sí encontrar una cierta inspiración.

Continuando con su búsqueda de antecedentes, PELLA Y FORGAS creyó encontrar remotos trazos del pacto de sobrevivencia catalán en unos capítulos matrimoniales otorgados el 6 de diciembre de 1411, ante el notario de Cardona. En los mismos, puede leerse como manifestación de la mujer lo siguiente:

*“Et quia matrimonium est usitatum fieri tum sponsalitia ideo si vos mihi supervixistis constituo vobis et vestris super dicta mea dota vestrum sponsalitia secundum usum ville Cardone.*

A lo que sigue como respuesta del marido:

*Paritque modo si vos dicta uxor mea mihi supervixistis Facio et constituo vobis sponsalitia vestrum secundum usum ville Cardone”*<sup>56</sup>.

---

<sup>54</sup> ROCA SASTRE, R.M., *op. cit.*, pag. 455. También en PUJOL CAPILLA, P., *op. cit.*, pag. 64.

<sup>55</sup> *ENCYCLOPÉDIE OU DICTIONNAIRE RAISONNÉ DES SCIENCES, DES ARTS ET DES MÉTIERS*, [http://portail.atilf.fr/cgi-bin/getobject\\_?a.32:87:8./var/artfla/encyclopedie/textdata/image/](http://portail.atilf.fr/cgi-bin/getobject_?a.32:87:8./var/artfla/encyclopedie/textdata/image/)

<sup>56</sup> PELLA Y FORGAS, J. *op. cit.*, pag. 243.

Citó también este autor otros capítulos matrimoniales posteriores, otorgados en el año 1781 ante el notario de Bagur, en los que leemos:

*“Parte mutual de sobrevivensa “vicissitudonari” lo un al altre de 80 lliures<sup>57</sup>”.*

Como podremos comprobar más adelante, ninguna de estas declaraciones se corresponde plenamente con lo que, a lo largo del siglo XX y lo que llevamos del XXI, entendemos por compraventa con pacto de supervivencia. Sin embargo, acaso sirvan para evidenciar una tradicional tendencia catalana, o una orientación al menos de honda raigambre, que fue fraguándose con el paso de los siglos hasta llegar a la institución de rasgos uniformes que aparece en la primera mitad del siglo XX.

Otros autores también han buscado orígenes remotos al pacto de supervivencia, tales como las discusiones suscitadas a raíz de una Constitución de Cortes de 1363<sup>58</sup>, o incluso el *Fuero Juzgo*<sup>59</sup>. Sin embargo, tales intentos por consignar unos inicios tan remotos a la institución que nos ocupa, han sido escasos, mostrándose, según se ha expuesto, la mayoría de la doctrina partidaria del referido origen consuetudinario y notarial.

Finalmente, podemos apuntar que, pese a que el pacto de supervivencia guarda indudables semejanzas con otras instituciones tanto del entorno jurídico latino, la *tontine* francesa<sup>60</sup>, como del mundo

---

<sup>57</sup> *Ibidem*.

<sup>58</sup> PUJOL CAPILLA, P., *op. cit.*, pag. 63.

<sup>59</sup> ROCA SASTRE, R.M., *op. cit.*, pag. 455.

<sup>60</sup> NUÑEZ IGLESIAS, A., “La práctica francesa del pacto de tontina entre coadquirentes: utilidad y posibilidad”, *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*, CABANILLAS SANCHEZ, A. (Coord.), Thomson, Madrid, 2.003, pag. 5433. Se ha definido la *tontine* como “un medio empleado por la práctica notarial francesa para permitir al concubino sobreviviente conservar la vivienda objeto de la adquisición, pues el bien sometido a la tontina es transferido al beneficiario de la

anglosajón, en este caso la *tenancy by the entirety* estadounidense<sup>61</sup>,

---

cláusula sin que tenga que transitar por la masa hereditaria del premuerto”.

Se configura en consecuencia como una cláusula que se añade a la compraventa, mediante la cual el sobreviviente se convierte en único titular del bien adquirido en común, que es, a fin de cuentas, lo que se persigue con el pacto de supervivencia.

Las objeciones que se plantean en el Derecho Civil francés son parecidas a las que encontramos en el español: prohibición genérica de otorgar pactos sucesorios y donaciones *mortis causa*. Para solucionar tal limitación, la práctica francesa ha optado por configurar la tontina como si la venta se realizara bajo condición suspensiva de supervivencia. En el momento de la compra, se incluye una cláusula en la que se especifica que al sobreviviente se le reputará como propietario de toda la adquisición, y que se considerará que el bien nunca ha formado parte del patrimonio del premuerto. De esta manera, el fallecimiento determina de forma retroactiva la adquisición del bien para uno solo de los adquirentes como consecuencia aquella doble condición suspensiva de supervivencia (según fallezca uno u otro), con lo que el sobreviviente puede justificar que no ha recibido nada por la vía sucesoria del difunto, sino que su derecho nació antes de la apertura de la sucesión.

Ahora bien, la solución de la doble condición suspensiva no ha sido admitida de modo unánime, pues un sector de la doctrina francesa ha defendido que, realmente, el pacto de tontina se halla sometido a una doble condición suspensiva y resolutoria por parte de cada adquirente, de modo que cada uno resulta propietario de su cuota, bajo condición resolutoria de premoriencia, y propietario de la totalidad del bien adquirido, bajo condición suspensiva de supervivencia.

Frente a tal planteamiento, sin embargo, encontramos el de quienes defienden la existencia únicamente de la doble condición suspensiva, basándose en que la adquisición no debería hacerse a nombre de los dos, sino únicamente a nombre del sobreviviente.

La admisión o no de este tipo de cláusulas depende en gran medida de la habilidad de redactor, ya que no puede dar lugar a equívocos en el sentido de que induzca a pensar que estamos ante una reversión, acrecimiento o transmisión. Además, puntualiza que en la tontina se entiende que el pacto o cláusula forma parte del contrato de compraventa, de modo que es el propio contrato el que queda sometido a la doble condición suspensiva, con lo que el vendedor tiene que consentir que la cláusula se incluya, aunque luego en nada le afecte.

Sobre esta materia, ver con mayor detenimiento en NUÑEZ IGLESIAS, A., *op. cit.*, pag. 5436 y 5437.

<sup>61</sup> BLACK'S LAW DICTIONARY, St. Paul, Minn., Thomson-West, 2004, pag. 1506. Gran semejanza en cuanto a la construcción jurídica encontramos en la institución americana de la *tenancy by the entirety*, que se configura igualmente como un pacto entre cónyuges otorgado al adquirir bienes en común, especialmente la vivienda familiar:

Concretamente, la *tenancy by the entirety* es una forma de propiedad conjunta, por medio de la cual a la muerte del esposo o esposa, el sobreviviente adquiere automáticamente la titularidad de la parte del cónyuge fallecido. Para ello, es necesario que el marido y la mujer hubieran adquirido por el mismo título..

Según afirma ACKERLY, B.C., “Tenants by the Entirety Property and the Bankruptcy Reform Act”, *William & Mary Law Review*, Volumen 21, Unidad 3, 1980, <http://scholarship.law.wm.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2344&context=wmlr>, pag. 702, la *tenancy by the entirety* resulta de la unión de las cuatro características esenciales de la propiedad conjunta (*joint tenancy*) el tiempo, el título, el interés y la posesión, a las que hay que añadir una quinta, la necesidad de que los sujetos sean matrimonio.

Destaca NAVAS NAVARRO, S., *Concurso de Acreedores y Pacto de Supervivencia*, Tirant lo Blanc, Valencia, 2013, pag. 26, sus requisitos del siguiente modo: “en primer lugar, deben otorgarlo cónyuges, aunque se propugna su aplicación a las uniones de hecho tanto heterosexuales como homosexuales, debe constar en el

sin embargo, la propia idiosincrasia del mismo, que lo define como una institución fuertemente arraigada en sus orígenes al ámbito consuetudinario, y pulida por el desarrollo de la práctica notarial, parece alejar de cualquier influencia foránea de su origen, configurándola como una institución netamente catalana, si bien hermanada con otros pactos de función semejante<sup>62</sup>. De cualquier modo, se puede apreciar que la finalidad de la institución de mejorar al cónyuge superviviente está presente en los ordenamientos jurídicos de nuestro entorno.

## **II. Concepto de adquisición onerosa con pacto de supervivencia. Su evolución y diversidad. Una visión contrastada desde la Compilación de Derecho Civil Especial de Cataluña hasta el Código Civil de Cataluña**

Acaso el mayor desafío que se presenta a la hora de dar un concepto de la adquisición onerosa con pacto de supervivencia sea su notoria mutabilidad. A lo largo del tiempo, la institución que nos ocupa ha experimentado una vertiginosa evolución, tanto desde un punto de vista legislativo como doctrinal, que ha desembocado en una

---

título de adquisición, debe adquirirse conjuntamente y por mitad y deben tener los cónyuges la posesión del bien”.

ACKERLY. B.C., *op. cit.*, pag. 702 y 703, afirma que, como consecuencia de la *tenancy by the entirety*, marido y mujer son considerados como una entidad jurídica; esto es, se interpreta que cada cónyuge es propietario de toda la finca, no sólo de una fracción indivisa, a modo de tenencia o propiedad conjunta.

Como vemos, todos ellos rasgos hasta aquí expuestos son comunes con el pacto de supervivencia catalán. Sin embargo, no acaban ahí las semejanzas, pues sus efectos también son muy similares: la propiedad debe mantenerse indivisa; los cónyuges no pueden disponer de ninguna parte del bien sin contar con el consentimiento del otro; tampoco pueden gravar la propiedad en garantía del pago de sus deudas individuales; y, finalmente, a la muerte uno de ellos, la propiedad es adquirida en exclusiva por el superviviente”.

Todos estos requisitos aparecen, como fácilmente puede apreciarse, en el artículo 231-15 del Código Civil de Cataluña, que tendremos ocasión de examinar atentamente a lo largo de este trabajo.

<sup>62</sup> NUÑEZ IGLESIAS, A., *op. cit.*, pag. 5431. Defiende que una de las principales preocupaciones, tanto de los convivientes *more uxorio*, como de personas “ligadas por singulares lazos de solidaridad, pero de cuya comunidad de vida no surge o no puede surgir una comunidad patrimonial al modo ganancial, ni especiales derechos sucesorios derivados de la convivencia”, es la de beneficiar al superviviente, de modo que tras el fallecimiento de uno de ellos, el otro pueda percibir determinadas atribuciones patrimoniales o derechos, especialmente la vivienda común habitual.

permanente alteración de las notas esenciales que la diferencian como figura jurídica propia y diferenciada.

Dado que esta institución ha sufrido una notable mutación a lo largo del tiempo, creo que puede resultar de sumo interés que nos detengamos en algunas de las distintas definiciones que se han dado por la doctrina a lo largo de los años, ya que son ilustrativas de su dinámica evolución<sup>63</sup>. Considero no solo enriquecedor, sino ante todo demostrativo, efectuar una relación de las diferentes definiciones que, a lo largo del tiempo, se han dado a las recientemente denominadas *adquisiciones onerosas con pacto de supervivencia*, y que hasta hace tan solo unos años eran más conocidas por el nombre de *compraventas con pacto de supervivencia*. Tal empeño tiene como finalidad resaltar la importancia que reviste en este caso el tratamiento doctrinal, no sólo en cuanto al estudio del desarrollo de la institución, sino también en cuanto a la determinante influencia que en dicho estudio han producido las sucesivas regulaciones surgidas en el seno de los diferentes cuerpos legales catalanes.

### **1. Definiciones previas a la promulgación de la Compilación de Derecho Civil Especial de Cataluña**

PELLAY FORGAS: “El pacto de sobrevivencia, por el cual el consorte que sobreviva de los dos adquirirá cierta cantidad sobre bienes del premuerto”<sup>64</sup>.

VALLET DE GOYTISOLO: “Es una cláusula muy frecuente (...), que rara vez deja de estipularse, en estos o parecidos términos, en las escrituras de compraventa cuando son marido y mujer los compradores:

*Don Carlos Roig Puig, vende perpetuamente y como libre de cargas*

---

<sup>63</sup> Huelga decir que, al afrontar tal labor, no entra en mi ánimo desempeñar las minuciosas labores de todo un Sub-Sub-Bibliotecario, al estilo de MELVILLE, por más que me inspire la idea.

<sup>64</sup> PELLAY FORGAS, J., *op. cit.*, pag. 242.

*a los consortes don Antonio Redresa Trill y Doña María Sabriá Comas, que compran por mitades indivisas y en su totalidad para el sobreviviente la plena propiedad de la siguiente finca, o bien, que adquieren una mitad indivisa cada uno con la circunstancia de que la porción del que premuera será para el que sobreviva*<sup>65</sup>.

VIRGILI SORRIBES: “Se trata sencillamente de un contrato oneroso y aleatorio, o mejor dicho, de un doble negocio jurídico. Por uno – oneroso y conmutativo – el vendedor transmite a cada uno de los compradores una mitad indivisa de la finca. Por otro – oneroso aleatorio -, los compradores estipulan que el sobreviviente será dueño absoluto de la finca comprada”<sup>66</sup>.

CALVO SORIANO: “Estimamos al pacto de sobrevivencia como típicamente catalán en su origen y su vitalidad consuetudinaria, y que su auténtico carácter es el que corresponde a un verdadero pacto capitular de viudedad”<sup>67</sup>.

MARTIN RETORTILLO: “Se trata, sencillamente, de la compraventa de inmuebles en la aparecen como adquirentes marido y mujer, y en la que se pacta a la vez que la adquisición del dominio el traspaso del mismo a favor del cónyuge superviviente”<sup>68</sup>.

SANAHUJA SOLER: “Son contratos a título oneroso y aleatorios en que uno de los contratantes consiente en dejar, en caso de defunción, algo a favor del otro, para ganar otro tanto en caso de sobrevivencia”<sup>69</sup>.

---

<sup>65</sup> VALLET DE GOYTISOLO, J.B., “La compraventa por mitades...”, *op. cit.*, pag.709.

<sup>66</sup> VIRGILI SORRIBES, F., *op. cit.*, pag. 338.

<sup>67</sup> CALVO SORIANO, A., *op. cit.*, pag. 362.

<sup>68</sup> MARTIN RETORTILLO, C., *op. cit.*, pag. 439.

<sup>69</sup> SANAHUJA Y SOLER, J.M., *Tratado de Derecho Notarial*, Tomo II, Bosch, Barcelona, 1945, pags. 385 y 386.

## **2. Definiciones posteriores a la promulgación de la Compilación de Derecho Civil Especial de Cataluña de 1960, y anteriores a la entrada en vigor del Código de Familia**

CABRERA HERNANDEZ: “Aquel (contrato) por el cual una persona vende, a un matrimonio regido por el derecho foral catalán, un determinado objeto, por mitad entre los esposos, pactando éstos en el mismo acto que la cosa comprada será por completo de aquel que sobreviva al otro”<sup>70</sup>.

O'CALLAGHAN MUÑOZ: “Un contrato de compraventa por el cual los compradores, pagando el precio por mitad, adquieren un bien conjuntamente, pactando que a la muerte de uno de ellos quede en propiedad exclusiva del sobreviviente”<sup>71</sup>.

BALLESTEROS ALONSO: “Aquel pacto que celebran entre sí los cónyuges casados en régimen de separación de bienes y que no hayan otorgado heredamiento a favor de los contrayentes o heredamiento puro a favor de los hijos; que lo celebran – el pacto – en el propio título de adquisición en el que compren bienes conjuntamente y por cuotas iguales, por virtud del cual, al fallecimiento de uno de ellos, el sobreviviente hace suya la totalidad del bien adquirido”<sup>72</sup>.

ROCA SASTRE: “Las compras con pacto de sobrevivencia, o mejor dicho, el pacto de sobrevivencia concertado en una compraventa cuyos compradores sean marido y mujer, por mitad indivisa cada uno de ellos, es el pacto en el cual estos cónyuges compradores acuerdan entre sí, que al fallecimiento de cualquiera de ellos el que de los mismos

---

<sup>70</sup> CABRERA HERNANDEZ, J.M., “El contrato de compraventa con pacto de sobrevivencia en la Compilación de Derecho Civil de Cataluña”, *Revista Jurídica de Cataluña*, Barcelona, 1966, pag. 35.

<sup>71</sup> O'CALLAGHAN MUÑOZ, X., *op. cit.*, pag. 99.

<sup>72</sup> BALLESTEROS ALONSO, “Los requisitos del pacto de sobrevivencia en Cataluña”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1981 (marzo-abril), pag. 454.

sobreviva quede suya la totalidad de lo comprado”<sup>73</sup>.

### **3. Definiciones posteriores a la entrada en vigor del Código de Familia, y hasta el Código Civil de Cataluña**

ROCA I TRIAS: “La compra-venda amb pacte de supervivencia es un pacte en virtut del qual els cónyuges que compren conjuntament a un tercer, pagant el preu per meitat, acorden que a la mort d’un d’ells, aquell que sobrevisqui adquireix la propietat exclusiva de la totalitat dels béns adquirits amb aqueste pacte. Es tracta, doncs, d’un pacte afegit a un contracte de compra-venda que els cónyuges celebren com a compradors, amb un tercer venedor”<sup>74</sup>.

NUÑEZ IGLESIAS: “El pacto establecido en el mismo título de adquisición conjunta del bien por el que, al fallecer uno de los cónyuges, el sobreviviente quedará como único titular”<sup>75</sup>.

FARNOS AMOROS: “Las compras con pacto de supervivencia se han configurado tradicionalmente como una institución propia del régimen de separación de bienes, de raíz consuetudinaria y desarrollada por la práctica notarial. Mediante este pacto, en el mismo contrato de compraventa, los cónyuges adquirientes de un bien por mitades indivisas acuerdan que, a la muerte de uno de ellos, el sobreviviente pasará a ser titular único de la totalidad”<sup>76</sup>.

PUJOL CAPILLAR: “Aquel contrato de compraventa por el cual los compradores, que han de ser cónyuges en régimen de separación o participación (*in fine* art. 48.2. CF), adquieren bienes conjuntamente y

---

<sup>73</sup> ROCA SASTRE, J.M., *op. cit.*, pag. 455.

<sup>74</sup> PUIG I FERRIOL, L. y ROCA I TRIAS, E., *Institucions del Dret Civil de Catalunya*, Volumen II, Tirant lo Blanc,, Valencia, 1998, pag. 356.

<sup>75</sup> NUÑEZ IGLESIAS, A., *op. cit.*, pag. 5445.

<sup>76</sup> FARNOS AMOROS, E., “Compras con pacto de supervivencia y uniones estables de pareja”, *Indret, Revista para el análisis del Derecho*, Nº 1, Barcelona, 2004, [www.indret.com/pdf/dc10\\_es.pdf](http://www.indret.com/pdf/dc10_es.pdf).



por mitad, pactando en el mismo título de adquisición que al fallecimiento de uno de ellos el superviviente devendrá titular único de la totalidad de los bienes”<sup>77</sup>.

YSAS SOLANES: “En virtud del pacto de supervivencia, los cónyuges que adquieren bienes conjuntamente a título oneroso, pueden convenir en el mismo título de adquisición que al morir uno de ellos el sobreviviente se convertirá en el titular único de la totalidad”<sup>78</sup>.

#### **4. Conclusiones derivadas del análisis de la evolución de las diferentes definiciones de la institución**

Entre la definición de PELLA Y FORGAS y la última transcrita, de YSAS SOLANES, median cerca de cien años. En ambos conceptos se hace referencia a los cónyuges como sujeto del pacto, y a la supervivencia de uno de ellos como motivo de la consolidación, o reunión, del pleno dominio en el otro. Y esta identidad esencial, entendida como límite subjetivo y configuración de la supervivencia de uno de los otorgantes como elemento nuclear del pacto, constituye acaso lo único que se ha mantenido inmutable a lo largo del tiempo.

Las definiciones surgidas durante el primer periodo, según resulta tras una lectura de las mismas, se caracterizan por su matiz eminentemente descriptivo y su vocación doctrinal. En ellas, se persigue matizar los rasgos esenciales del negocio jurídico recién descubierto o, mejor dicho, recién revelado, y encontrar la forma más expresiva y ajustada de dar a entender qué es, o era, la compraventa con pacto de sobrevivencia.

Los modelos de definición son de lo más variado. PELLA Y FORGAS ofrece un concepto aséptico e incompleto; VALLET DE GOYTISOLO, uno ejemplificativo, fundamentado en el modo de configurarse formalmente la compraventa con pacto de supervivencia,

---

<sup>77</sup> PUJOL CAPILLA, P., *op. cit.*, pag. 44.

<sup>78</sup> YSAS SOLANES, M., “Adquisiciones onerosas con pacto de supervivencia”, *Derecho de Familia Vigente en Cataluña*, Tirant lo Blanc, 2013, Valencia, pag. 184.

acaso por entender que el modo más expresivo y directo de dar a conocer el concepto era el de su formulación jurídica, pero también, según veremos más adelante, para ajustarse a la variedad de matices y formulaciones propuestas por él mismo; la de VIRIGILI es, sin duda, la más técnica, penetrando en la cuestión de la dualidad de negocios y su naturaleza jurídica, algo acaso innecesario a la hora de definir una institución, pero muy expresivo y revelador del momento en que se configuró y de las intenciones de su autor. Algo parecido podría decirse de la de CALVO SORIANO. Y, en relación con las dos últimas, suponen volver como punto de partida a PELLA Y FORGAS, pero completando sus lagunas.

En cualquier caso, de lo que no cabe duda es que la libertad de las formulaciones propuestas y su evidente diversidad, no hacen sino poner de manifiesto la riqueza y la confluencia de matices que caracterizaron, y caracterizan aún hoy día, a esta institución. Diversidad que se ve necesariamente acentuada en esta etapa por su existencia meramente consuetudinaria, al margen de cualquier texto legal e, incluso, interpretación jurisprudencial.

Las definiciones expuestas son un excelente ejemplo de la vitalidad del derecho consuetudinario en la España de la primera mitad del siglo XX, así como de la importancia de la labor desempeñada por los estudiosos del Derecho. Todo ello nos pinta un marco muy diferente del actual, mucho más dinámico y versátil, y no necesariamente más inseguro.

El segundo grupo de definiciones, por el contrario, se caracteriza por la inevitable influencia de la Compilación de 1960. Allí donde antes sólo había experiencia jurídica y creatividad, ahora la autoridad de la ley escrita impone su dominio, y requisitos antes inexistentes, como la referencia a mitades indivisas o cuotas iguales, al régimen de separación de bienes, a la incompatibilidad con los heredamientos, o a la inclusión del pacto en el propio título de la venta, ilustran las nuevas definiciones.

ORTEGA Y GASSET, al aproximarse a la noción de *concepto*,

defendió su identificación con “el espectro” de la cosa; o menos aún que el espectro, esto es, el espíritu. Igualmente precisó que lo que caracteriza al concepto en sí es su “contenido esquemático”. Este esquema consiste en trazar los límites de la cosa, “la caja lineal donde la materia, la substancia real de la cosa, queda inscrita (...). Sin el concepto, no sabríamos bien dónde empieza ni donde acaba una cosa”<sup>79</sup>.

Con el pacto de supervivencia, ocurre precisamente eso: a veces, parece que no sabemos dónde empieza ni donde acaba la cosa, cuáles son los límites jurídicos que lo definen y conceptúan; esto es, la noción jurídica exacta de compraventa con pacto de sobrevivencia, o de adquisición onerosa con pacto de supervivencia, que, como veremos, no son lo mismo.

Es ejemplar en este sentido la definición propuesta por O'CALLAGHAN MUÑOZ: “un contrato de compraventa por el cual los compradores, pagando el precio por mitad, adquieren un bien conjuntamente, pactando que a la muerte de uno de ellos quede en propiedad exclusiva del sobreviviente”<sup>80</sup>.

Esta definición, escueta y sencilla, podría ajustarse perfectamente a los orígenes de la compra con pacto de sobrevivencia, ya que al no hacer mención a la necesidad de que sean cónyuges los compradores, da a entender que cualquiera podría incluir el pacto en una compraventa, siendo el único vínculo necesario compartir el precio por mitad.

Sin embargo, no era esta la intención de O'CALLAGHAN, pues a continuación precisó que dicha definición había de quedar matizada por los elementos que integran la compra (sujetos, cosa, precio y forma), siendo uno de ellos que los compradores estén casados en régimen de separación de bienes.

Ahora bien, a los efectos de lo que aquí nos interesa, su definición cuenta con la ventaja de hacer una exacta radiografía del esqueleto del

---

<sup>79</sup> ORTEGA Y GASSET, J., *Meditaciones del Quijote y otros ensayos*, Madrid, Alianza Editorial, 2014, pag. 80.

<sup>80</sup> O'CALLAGHAN MUÑOZ, X., *op cit.*, pag. 99.

pacto de sobrevivencia, de ese esquema defendido por ORTEGA, pues pone de manifiesto la base sobre la que después han de sumarse los otros elementos (elementos que, según veremos, quedan precisados por el progresivo desarrollo doctrinal y legislativo): el contrato de compraventa, el pago por mitad (discutido a día de hoy) y la decisión de que quede como único propietario el sobreviviente.

En la cuestión de qué se debe entender por adquisición onerosa con pacto de supervivencia, la Compilación de Derecho Civil Especial de Cataluña se constituye en auténtica bisagra, en torno a la que se vertebran las definiciones (y construcciones dogmáticas y jurisprudenciales) posteriores.

DIEZ PICAZO opinó que el procedimiento de desplazarse una norma jurídica del ámbito meramente consuetudinario al ordenamiento escrito, inviste a esa norma de una mayor carga de divulgación y certidumbre<sup>81</sup>. La norma escrita es más fácilmente cognoscible, y el hecho de ser publicada en forma de texto amplía el número de personas que pueden llegar a conocerla, sea dentro del territorio en que se aplica o fuera, pues ya no depende la tradición oral. Por otro lado, y por idéntico motivo, el hecho de figurar una norma recogida en forma escrita refuerza la seguridad en su conocimiento, pues mientras que la transmisión oral se caracteriza por permitir todo tipo de alteraciones en el mensaje, el texto escrito únicamente es susceptible de diferentes interpretaciones, pero siempre en torno a la literalidad de un mensaje invariable formalmente.

Por todo ello, la transición de la norma oral a escrita, dota a esta de una mayor *objetivación*. Esta objetivación consiste en que el texto que contiene la norma “se convierte en una realidad autónoma e independiente”. La regla jurídica se amolda a una expresión fija, concreta y, al menos temporalmente, uniforme.

Esta transición del derecho oral al escrito resulta particularmente

---

<sup>81</sup> DIEZ PICAZO, L., *Experiencias Jurídicas y Teoría del Derecho*, Ariel, Barcelona, 1973, págs.11 a 114.

dramática en el caso de la compraventa con pacto de sobrevivencia, pues, según tendremos ocasión de demostrar a lo largo de este trabajo, su concreción textual se acompaña de una agria polémica en torno a su naturaleza jurídica, alentada, si no creada, por dicha formulación literal.

Y es que, frente a la labor interpretativa y dogmática previa a la Compilación, la consagración del artículo 61 de la misma como derecho positivo supuso todo un maremágnum de problemas, que ha continuado hasta nuestros días, desencadenando una riquísima y variada literatura jurídica interpretativa sobre tal concepto, y sus sucesores normativos.

El avance que supone la redacción y entrada en vigor de dicho precepto traslada la labor del jurista del discernimiento, comprensión y anclaje de una norma consuetudinaria en el ordenamiento civil catalán, a la labor interpretativa de un texto legal fijo, invariable y vigente; y además, verdaderamente desconcertante por lo novedoso de alguno de sus rasgos definidores.

Siendo la labor de interpretación del Derecho una búsqueda del sentido o significado de la norma jurídica, por sí misma y en relación con todo el sistema al que pertenece, esta labor cambia notablemente según nos encontremos ante una norma recogida en un texto legal, o no. Y es que el derecho escrito es algo que está ahí, interpretable pero reconocible, una fórmula que amoldar dentro de la invariabilidad y rigidez de su molde.

Siguiendo de nuevo a DIEZ PICAZO, “puede denominarse interpretación a la tarea que, una vez fijados los hechos y seleccionadas y fijadas las normas aplicables al caso, se acomete para establecer el sentido y la significación que dichas normas poseen”<sup>82</sup>. Ahora bien, tal labor no debe entenderse como la búsqueda de una verdad absoluta, definitiva e invariable (salvo que entendamos el Derecho como una suerte de reverencial momia o sagrado tótem), sino que debe ir encaminada a determinar la justa solución de los conflictos existentes

---

<sup>82</sup> *Ibid.*, pag. 229.

en un momento concreto, partiendo de que “las normas no son formulaciones de validez general, sino las pautas o las guías que ha de seguir esta investigación y esta búsqueda”<sup>83</sup>, que es la búsqueda de lo que es ajustado a derecho en un momento exacto.

Volviendo al conjunto de definiciones propuesto, llama la atención, frente a la diversidad de las propuestas anteriores a la Compilación, la incuestionable uniformidad de las posteriores. Y verdaderamente no debería de ser de otro modo. La entrada en juego del artículo 61 de la Compilación trastoca las reglas de juego y dibuja con decisión un nuevo tablero, de contornos difusos. Es en esos contornos donde se centrara la polémica, realmente, y no en el concepto en sí.

Y es que, a diferencia de lo que ocurre con las definiciones de CALVO SORIANO o VIRGILI SORRIBES, que buscan como centro afirmar la naturaleza jurídica de la institución estudiada, los autores posteriores parece que prefieren dejar esta cuestión para un debate paralelo, diferente del concepto “esquemático” de compraventa con pacto de supervivencia. Así, nos encontramos con que O’CALLAGHAN no afirma con rotundidad al establecer la noción del pacto de supervivencia que este constituya un contrato oneroso y aleatorio, independiente de la venta en que se incluye; ni ROCA SASTRE afirma que el pacto revista una suerte de contrato sucesorio, de naturaleza semejante al heredamiento mutuo. No. Esto se deja para más adelante. Acaso por motivos de precisión jurídica, lo cierto es que los autores *definen* estrictamente que es la compraventa con pacto de supervivencia desde un punto de vista formal y finalista, sin penetrar en su auténtica naturaleza jurídica. Y parece lógico. Para definir la compraventa no hace falta acentuar que se trata de un contrato oneroso, basta simplemente decir que existe compraventa desde que desde que dos personas se obligan, la una a entregar una cosa, y la otra a pagar un precio. Las precisiones técnico jurídicas vendrán después. Algo así podemos decir que acontece en la figura que estudiamos.

---

<sup>83</sup> *Ibid.*, pag. 231.

HERNANDEZ GIL opinó, creo que con acierto, que “no hay un saber *qué* es el derecho distinto de saber *cómo es*”<sup>84</sup>. Los primeros estudios doctrinales, anteriores a la compilación, parecen querer ahondar en ese *cómo es* el pacto de supervivencia, como si la ausencia de un cuerpo legal dominante y de una tradición jurídica asentada abrieran campo libre a todo tipo de interpretaciones válidas. Ahí tenían cabida el fideicomiso contractual de VALLET, el contrato oneroso y aleatorio de VIRGILI o el pacto capitular de CALVO SORINANO, porque, realmente, todo era posible, y todo era debatible. La lectura de los trabajos publicados por estos autores, en los que las ideas de unos se entremezclan con las de los otros para dar lugar a conclusiones radicalmente distintas, son de una riqueza y vivacidad encomiables.

Lo que resulta llamativo es que la regulación de la Compilación, en lugar de acabar con esta diversidad de criterios, parece que la alentó; y, lo que es más sorprendente aún, esta diversidad ha sido acrecentada por las sucesivas regulaciones de esta institución, hasta acabar en el Libro II del Código Civil de Cataluña.

Esta tendencia a la polémica queda perfectamente plasmada en el concepto elaborado por ROCA SASTRE, quien, recordamos, propuso esta definición: “Las compras con pacto de sobrevivencia, o mejor dicho, el pacto de sobrevivencia concertado en una compraventa cuyos compradores sean marido y mujer, por mitad indivisa cada uno de ellos, es el pacto en el cual estos cónyuges compradores acuerdan entre sí, que al fallecimiento de cualquiera de ellos el que de los mismos sobreviva quede suya la totalidad de lo comprado”<sup>85</sup>.

Nos sirve esta definición para reflejar el paso adelante dado por la Compilación de Derecho Civil de Cataluña de 1960 en cuanto a la delimitación de esta figura: ya no son “los compradores”, simplemente, quienes pactan, cosa que antes sí podía ocurrir, aunque en escasas ocasiones, según reveló VALLET DE GOYTISOLO, sino que son “el

---

<sup>84</sup> HERNANDEZ GIL, A., “La Ciencia Jurídica Tradicional y su transformación”, *Obras Completas, Tomo 6, Saber Jurídico y Lenguaje*, Madrid, Espasa Calpe, 1989, pag. 134.

<sup>85</sup> ROCA SASTRE, J.M., *op. cit.*, pag. 455.

marido y la mujer”, quienes tienen que acordar que sea el superviviente el que se quede con la totalidad de la cosa comprada. Pero también hace ROCA SASTRE otra precisión, en absoluto inocua, cuando dice “las compras con pacto de supervivencia, o mejor dicho, el pacto de supervivencia concertado en una compraventa”, ya que está directamente abogando a favor de la tesis dualista acerca de la naturaleza jurídica de la compraventa con pacto de supervivencia, que más adelante veremos con mayor detenimiento, pero sobre la que algo debemos apuntar aquí.

Algunos autores, con VALLET DE GOYTISOLO a la cabeza, como creador de la tesis, han defendido la naturaleza *unitaria* de la compra con pacto de supervivencia; esto es: la compraventa y el pacto de supervivencia formarían un único contrato, integrado tanto por la venta como por el pacto, dependiente el segundo de la primera, y de forma que tanto la existencia de la una como la del otro vendrían dadas por el acuerdo de tres voluntades: la de los compradores entre sí y la del vendedor, que admitiría el pacto en la compra que iba a celebrarse y le daría validez.

Otros autores, sin embargo, han defendido que hay que distinguir dos negocios jurídicos distintos e independientes: por un lado, la compraventa, celebrada entre el vendedor y los compradores; y, por otro, el pacto o cláusula de supervivencia, que es acordado en exclusiva por los compradores, sin intervención alguna por parte del vendedor, que en nada se ve afectado por lo que entre sí acuerdan los compradores. Esta fue la postura defendida por VIRGILI SORRIBES o CALVO SORIANO, entre los autores pioneros.

Por este motivo, al hablar ROCA del “pacto de supervivencia concertado en una compraventa” lo que está haciendo es incidir en que son los compradores quienes, independientemente de la voluntad del vendedor, deciden incluir en la compraventa, por su cuenta y necesitando únicamente de su mutuo consentimiento para perfeccionar dicho pacto, la cláusula de supervivencia.



BALLESTEROS ALONSO se hace eco igualmente de la regulación que ofrece la Compilación en diversas cuestiones. Efectivamente, uno de los requisitos que establece la compilación, en su artículo 61, es el de *no haber otorgado heredamiento a favor de los contrayentes o heredamiento puro a favor de los hijos*. Ahora bien, cabría preguntarse si dicho requisito define la compra con pacto de sobrevivencia o no es más que un límite para su eficacia. Parece, al introducirlo en la definición, que él se decanta por la primera opción, algo que no compartimos necesariamente.

También hace hincapié este autor en que debe celebrarse el pacto *en el propio título* de adquisición, cuestión relevante, por cuanto imposibilita que se celebre la compra y, en un momento posterior, se adicione el pacto; y además introduce el término “cuotas”, que tantos problemas dará a la hora de determinar qué tipo de comunidad forman los cónyuges que compren de este modo, si romana o germánica. Las anteriores definiciones simplemente hablan de “pagar el precio por mitad” y “por mitad indivisa”, respectivamente. De nuevo BALLESTEROS se guía por la Compilación de Derecho Civil de Cataluña de 1960, que habla de “cuotas iguales”.

La profesora FARNOS AMOROS, dando paso al tercer bloque de formulaciones planteado, ofrece una definición más actual al decir que “las compras con pacto de sobrevivencia se han configurado tradicionalmente como una institución propia del régimen de separación de bienes, de raíz consuetudinaria y desarrollada por la práctica notarial. Mediante este pacto, en el mismo contrato de compraventa, los cónyuges adquirientes de un bien por mitades indivisas acuerdan que, a la muerte de uno de ellos, el sobreviviente pasará a ser titular único de la totalidad<sup>86</sup>.”

Encontramos, por fin, la referencia al régimen económico matrimonial de separación de bienes como uno de los elementos definitorios de las compras con pacto de supervivencia. Sin embargo, la

---

<sup>86</sup> FARNOS AMOROS, E., *op. cit.*

cuestión no es nueva: VALLET DE GOYTISOLO<sup>87</sup> ya exponía en los años cuarenta del pasado siglo las dificultades de admitir un pacto de sobrevivencia entre cónyuges casados en gananciales (aunque lo veía posible), pues al adquirir estos el bien para su sociedad ganancial, se imposibilitaba que cada uno fuera titular de una mitad indivisa. Y la Compilación de 1961 ya recogía la necesidad de que los cónyuges estuvieran casados en régimen de separación de bienes, supuesto al menos mantenido por todas las posteriores regulaciones<sup>88</sup>, hasta la promulgación del Libro II del Código Civil de Cataluña.

Siguiendo con la proximidad temporal, y además con el rigor legislativo, PUJOL CAPILLA, a partir de la regulación que de la compraventa con pacto de sobrevivencia hizo el Código de Familia catalán, la definió como “aquel contrato de compraventa por el cual los compradores, que han de ser cónyuges en régimen de separación o participación (*in fine* art. 48.2. CF), adquieren bienes conjuntamente y por mitad, pactando en el mismo título de adquisición que al fallecimiento de uno de ellos el superviviente devendrá titular único de la totalidad de los bienes”<sup>89</sup>.

En este caso, la definición recoge una de las últimas modificaciones a que ha sido sometida nuestra figura: el hacerla extensiva al régimen de participación. Siguiendo por esta línea, podría haberse hecho eco la doctora PUJOL CAPILLA de la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 13 de Febrero de 2003, y haber añadido “o también de las parejas de hecho”, sentencia que más adelante analizaremos y que, realmente, partiendo de la amplia definición de familia que se hace a partir de la sentencia del Tribunal Constitucional 222/1992, de 11 de diciembre<sup>90</sup>, bien podría aplicarse también a esos casos residuales de los que hablaba VALLET, en que se

---

<sup>87</sup> VALLET DE GOYTISOLO, *op. cit.*, pags. 21 y siguientes.

<sup>88</sup> Y ampliado, según veremos, al régimen de participación, e incluso, a las parejas de hecho.

<sup>89</sup> PUJOL CAPILLA, P., *op. cit.*, pag. 44.

<sup>90</sup> *Nuestra Constitución no ha identificado la familia a la que manda proteger con la que tiene su origen en el matrimonio, conclusión que se impone no sólo en la regulación bien diferenciada de una institución y otra, sino también, junto a ello, por el mismo sentido amparador y tuitivo con que la Norma fundamental considera siempre a la familia.*

sometían al pacto padres, hijos y parientes.

A día de hoy, sin embargo, el concepto mismo ha de ser revisado, toda vez que varios de los elementos que definían las compraventas con pacto de supervivencia han cambiado. A saber, ni la compraventa ejerce ya como negocio exclusivo al que se pueda unir el pacto de supervivencia, ni los sujetos que han de otorgarlo han de ser exclusivamente cónyuges, ni, siéndolo, han de regir su matrimonio por el régimen de separación de bienes, ni tampoco deben adquirir por mitad o cuotas iguales.

Sin ser este el momento adecuado para entrar en el porqué de todos estos cambios, algo que tendremos ocasión de analizar a lo largo del presente trabajo, al menos sí diré que, en mi opinión, tal evolución normativa y conceptual obedece simplemente a un progresivo intento, por parte del legislador catalán, de ir definiendo, encauzando y limitando el pacto de supervivencia conforme a su propio criterio, esbozado quizá de modo poco afortunado en la Compilación, y pulido progresivamente por las posteriores revisiones del texto, aunque, todo hay que decirlo, sin presentar un modelo conceptual alejado de toda duda, como si el propio legislador, dentro de su competencia, temiera ser demasiado categórico. En este sentido, da la impresión de que una doble motivación guiara su camino, por un lado, en busca de una mayor precisión, pero por otro teniendo cuidado de no equivocarse. Veremos que nos va deparando el devenir jurisprudencial y doctrinal del nuevo articulado.

La evolución de este trabajo permitirá concluir si las definiciones expuestas se ajustan a la realidad y legalidad de la institución que me propongo estudiar, o bien si deben ser objeto de nuevas matizaciones.

### **III. Notas distintivas de las adquisiciones onerosas con pacto de supervivencia**

Si hacemos en este momento resumen de todo lo dicho, ¿qué características comunes podemos extraer?

En primer lugar, y sin duda, parece claro que todas tienen un punto en común: los compradores, sean quienes sean, pactan que al fallecer uno de ellos el otro adquiriera la totalidad de la cosa. En eso están todos de acuerdo. Independiente de los motivos que tengan, de los lazos familiares que les unan, de si el precio se paga o no por mitades reales o ficticias, de si existen heredamientos o de si se trata de un sólo negocio jurídico o de varios, la esencia del pacto estriba en esa voluntad de que sea el sobreviviente el que consolide el pleno dominio sobre la cosa vendida.

Ahora bien, sobre esa realidad pacífica, y teniendo en cuenta lo hasta aquí expuesto, la opinión mayoritaria de la doctrina y la jurisprudencia, podemos señalar las siguientes características:

- Que su origen es de carácter consuetudinario y notarial, y propio del Derecho Civil Catalán.

- Que si bien en su origen se configuró como una institución propia del régimen de separación de bienes, y que posteriormente se amplió al de participación, e incluso a las parejas de hecho, en la actualidad se ha prescindido de toda referencia al régimen económico matrimonial.

- Que ha de establecerse en el mismo contrato en que se efectúa la transmisión patrimonial, sea este una compraventa, o cualquier otro negocio traslativo del dominio.

- Que únicamente pueden establecerlo los adquirentes, y que estos deben ser cónyuges, futuros cónyuges, o parejas de hecho. La evolución legislativa y doctrinal parecen eximir de toda participación y protagonismo al sujeto vendedor, apartándose así de la vía unitaria propuesta por VALLET DE GOYTISOLO, que examinaremos más adelante.

- Que los compradores adquirieren un bien conjuntamente, lo que da lugar a un amplio debate sobre el tipo de comunidad que se origina.

- Que el precio ha de ser pagado por ambos adquirentes, en principio parece que de forma proporcional al derecho adquirido, lo que no solo es difícilmente controlable a efectos prácticos, sino que plantea la duda de si es posible adquirir con pacto de supervivencia en cuotas desiguales.

- Que dicho pacto consiste en que a la muerte de uno de los compradores el sobreviviente pasará a ser titular único del bien adquirido, algo sobre lo que no ha existido debate (acaso el único punto pacífico).

- Que el pacto es irrevocable, de forma que ninguno de los compradores puede unilateralmente, darlo por concluido, ni disponer de su mitad.

## **CAPÍTULO SEGUNDO**

### **NATURALEZA JURÍDICA DE LA COMPRAVENTA CON PACTO DE SUPERVIVENCIA**

#### **I. Exposición de intenciones y juicio previo sobre la importancia del estudio de la naturaleza jurídica en las adquisiciones onerosas con pacto de supervivencia**

Como ya adelanté en el anterior capítulo del presente trabajo, el primer estudio científico, detallado y riguroso, que se efectuó sobre las entonces llamadas “compraventas con pacto de supervivencia” fue el realizado por VALLET DE GOYTISOLO bajo el título: “La compraventa por mitades indivisas y con pacto de supervivencia. Su naturaleza jurídica y su eficacia en el Derecho común y en el foral catalán”<sup>91</sup>.

VALLET comenzó el citado trabajo con una afirmación que aún hoy día sigue estando vigente, y a la que, en mi opinión, todavía no se ha dado una respuesta convincente, merced en gran medida a la enorme confusión derivada, por un lado, del originario y posterior desarrollo doctrinal, por otro, de la actual regulación legislativa, y, finalmente, de su interpretación jurisprudencial. Al referirse al estudio de la naturaleza jurídica de la compra por mitades con pacto de supervivencia, afirmó que “es esta la cuestión previa a plantear. No se trata de una estéril discusión dogmática, sino que de su solución dependerá la respuesta a dar a los otros problemas suscitados en torno a esta figura”<sup>92</sup>.

En posterior trabajo, continuó este hilo argumental al sentenciar que la compraventa con pacto de supervivencia constituye una institución necesitada prácticamente de “ser encuadrada en una técnica precisa”<sup>93</sup>, para a continuación argüir que, en consecuencia, su

---

<sup>91</sup> VALLET DE GOYTISOLO, J., “La compra por mitades...” *op. cit.*

<sup>92</sup> *Ibid.*, pags. 709 y 710.

<sup>93</sup> VALLET DE GOYTISOLO, J., “Teleología y dogmática...”, *op. cit.*, pags. 2 y 3.

procedimiento de estudio iba a ser el de volcar la intención práctica de los sujetos adquirentes en moldes dogmáticos, para así descubrir el más apropiado a las mismas. Esto es: “empezaremos tratando de averiguar cuál es la intención o intenciones empíricas que pueden perseguirse por los otorgantes; y una vez construido el maniquí o maniqués, les iremos probando los vestidos dogmáticos”<sup>94</sup>.

Efectivamente, tal y como afirmó VALLET, creo que la determinación, o aclaración, de la naturaleza jurídica de las hoy llamadas “adquisiciones onerosas con pacto de sobrevivencia” resulta determinante para afrontar su estudio con plenas garantías, puesto que de las diversas teorías desarrolladas a lo largo del último siglo por muy variados autores, resulta que bien podemos estar ante un contrato oneroso y aleatorio, bien ante un pacto capitular, bien ante un pacto sucesorio, bien ante un fideicomiso contractual, bien ante una donación *mortis causa* o *inter vivos*, o bien ante una institución familiar, sólo por citar algunas de las soluciones sobre las que nos iremos deteniendo, dando paso cada una de ellas a muy diferentes caminos para su estudio. En efecto, resulta radicalmente distinto atender a una institución de derecho sucesorio, a una modalidad de contrato o a un pacto capitular, no ya desde el punto de vista teórico-jurídico, sino también en relación a su dimensión práctica, tanto a la hora de determinar la forma de su plasmación y requisitos, como a la de aplicar el régimen fiscal correspondiente.

Fácilmente se advierte, en consecuencia, tanto lo variado de las alternativas presentadas por unos y otros autores, como lo diferente y alejado de las mismas. Advertencia aún más poderosa si tenemos en cuenta que la regulación que se efectuado de las mismas a los largo del pasado siglo y del presente, tomando como punto de partida la Compilación de Derecho Catalán de 1960, en lugar de clarificar o acercar posturas, no ha hecho más que sembrar nuevas confusiones e incertidumbres que, por otra parte, la escasa jurisprudencia existente

---

<sup>94</sup> *Ibid.*, pags. 4 y 5.

no ha hecho más que fomentar.

Mi opinión, además, es que el estudio de la naturaleza jurídica de las adquisiciones con pacto de supervivencia constituye el aspecto más interesante de las mismas. Pocas veces, imagino, una institución jurídica ha respondido de tan diversas formas a la simple pregunta de *qué es* esa institución. Y, en consecuencia, pocas veces han podido darse tan variadas contestaciones a fin de concretar el conjunto de caracteres que individualizan, definen y ubican dentro del amplio panorama del Derecho Civil a una institución concreta.

El planteamiento que propongo, a la hora de intentar dar solución a esta pregunta, ha de ser esencialmente dogmático en su primer tramo, hasta la publicación de la Compilación catalana, momento a partir del cual se hará muy necesario analizar cada uno de los textos legales que han ido apareciendo, no sólo a la luz de la doctrina coetánea y posterior, sino muy especialmente a la previa, que, a mi modo de ver, ha marcado de forma indeleble su desarrollo doctrinal y jurisprudencial, frente a las más o menos evidentes intenciones del legislador.

## **II. Posicionamientos doctrinales anteriores a la Compilación de Derecho Civil de Cataluña de 1960**

Al afrontar el estudio de la naturaleza jurídica de las adquisiciones onerosas con pacto de supervivencia, me parece importante diferenciar dos grandes etapas: por un lado, la que recoge todos aquellos estudios y teorías previos a la entrada en vigor de la Compilación de Derecho Civil Catalán; y por otro, lógicamente, los que tienen lugar en un momento posterior.

Tal estructuración responde a un afán de mayor claridad expositiva, tanto para entender la evolución del pensamiento jurídico desarrollado sobre estas adquisiciones, como para arrojar la suficiente luz sobre la posterior problemática surgida de la, a mi juicio, desafortunada redacción que se dio a esta institución en la citada



Compilación, que sustrajo las compras con pacto de supervivencia del Derecho Consuetudinario para sembrarlas de una serie de dudas e incoherencias que, para sorpresa de muchos, se han mantenido hasta el último texto legal aprobado que las regula, el Libro II del Código Civil Catalán (Ley 25/2010, de 29 de julio).

## **1. Los estudios pioneros más significativos. El escaso desarrollo doctrinal existente hasta 1944**

La elección del año 1944 como fecha sobre la que vertebrar la primera etapa de estudios jurídicos sobre las compras con pacto de supervivencia no es caprichosa. Responde al momento en que se publicó, según ya he adelantado, el primer estudio realmente riguroso que se dedicó a esta figura, siendo su autor VALLET DE GOYTISOLO, quien, por ello, ha de ser considerado, a mi entender, tanto como el “descubridor”, o, quizá mejor, el “revelador”, del pacto de supervivencia para el mundo doctrinal jurídico, y en, consecuencia, su principal teórico y desarrollador hasta la fase de regulación en la Compilación, como, por otro lado, el principal responsable, voluntario e involuntario, de buena parte de la, a mi juicio, confusión actual.

Pero, sin adelantar cuestiones sobre las que ya tendremos tiempo de opinar y desarrollar, me parece lo más atinado comenzar este estudio retrocediendo hasta las primeras referencias doctrinales de que tenemos noticia. En algunos casos, los autores citados no hicieron más que referirse de pasada a nuestra figura u opinar de un modo ligero sobre la misma; sin embargo, sus aportaciones, dan muestra ya del grado de desconocimiento y falta de uniformidad existentes en cuanto a su configuración y naturaleza jurídica.

### **1.1. EMILIO SAGUER Y OLIVET**

Acaso la primera referencia directa que encontramos en la doctrina sobre el pacto de supervivencia, sea la que aparece en la obra

de este Doctor en Derecho Civil y Notario de Gerona: *Institución de los Fideicomisos y sus efectos en Cataluña*<sup>95</sup>, publicada en el año 1913.

En el Capítulo II de dicha obra, al referirse a algunos tipos de fideicomisos tácitos existentes en el Derecho Romano, SAGUER hace mención a la ley 2ª, título 53, libro 6º del Código de Justiniano, que trata de un campo dejado nominalmente a una pluralidad de personas, de modo que perteneciera finalmente al último sobreviviente<sup>96</sup>. Tras catalogarlo como un fideicomiso tácito y sucesivo, nuestro autor reconoce que tal modalidad de fideicomiso le recuerda “como si en ella estuviese inspirada, la práctica catalana en cuya virtud, con no rara frecuencia, marido y mujer adquieren fincas juntos y el sobreviviente, si bien que claro está que, en tal caso, el acto jurídico no es de fideicomiso, sino de donación para después de la muerte”<sup>97</sup>. Para respaldar esta conclusión, cita una resolución de la Dirección General de Registros y del Notariado, de fecha 17 de septiembre de 1895, que aplica el Senado Consulto de Caracalla (fragmento 32, título 1º, libro 24 del Digesto). Y acaba ahí toda referencia o explicación.

Podemos destacar de este primer párrafo escrito sobre el pacto de sobrevivencia que SAGUER se refiere al mismo como algo habitual en Cataluña, aspecto al que no concede demasiada importancia, así como el hecho de que afirme sin vacilación su carácter de donación *mortis causa*. Tiempo habrá más adelante para hablar acerca de esta discutida modalidad de donación, y del polémico artículo 620 del Código Civil, y sus radicalmente opuestas interpretaciones, pero a los efectos de lo que aquí nos interesa, esto es, determinar la naturaleza jurídica de las compras con pacto de supervivencia, baste indicar que la primera

---

<sup>95</sup> SAGUER Y OLIVET, E., *op. cit.*

<sup>96</sup> “Hemos visto que un campo fue dejado nominalmente a muchos, y que se dispuso que la cosa perteneciera al que hubiese sobrevivido. Así, pues, cualquiera que haya sido éste transmitió el dominio a su heredero, y no está obligado a tal fideicomiso”, *Ley 2ª, Título 53, Libro 6º del Código de Justiniano*. Citado por SAGUER Y OLIVET, E., *op. cit.*, pag. 16, el texto original puede comprobarse en: Godefroy, D., *Corpus Iuris Civilis. Codex Repetitae Praelectionis* [en línea], Sumptibus Lavrentij Anisson, 1662, Lungduni (Lyon). Disponible en: <<http://eciencia.urjc.es/handle/10115/1527?show=full>> (con entrada el 27 de febrero de 2015).

<sup>97</sup> SAGUER Y OLIVET, E., *op. cit.*, pag. 16.

respuesta que se nos ofrece por la doctrina, allá por el año 1913, es la de la de que se trata de una donación *mortis causa*, si bien es cierto, todo hay que decirlo, en el marco de una reflexión somera tras realizar una cita.

### **1.2. JOSE PELLA Y FORGAS**

Abogado de profesión y Presidente de la Academia de Jurisprudencia y Legislación, PELLA Y FORGAS estudió con algo más de detalle el pacto de sobrevivencia, según hemos expuesto, vinculando su origen al *don mutuel* y el Derecho Justiniano.

PELLA Y FORGAS opinaba que el pacto de sobrevivencia estaba directamente vinculado en su origen a los pactos sobre una sucesión futura, consentidos merced a una creciente pujanza del derecho germánico sobre el romano. Sin embargo, a la hora de concretar su aplicación actual, se decantó por una suerte de donación entre cónyuges, justificada, frente a la prohibición existente por aquel entonces de efectuarse donaciones entre los esposos, en base a la incertidumbre de si el pacto podría ser realizado o no; esto es, a la duda de si gozaría o no de trascendencia real, al efectuarse a favor de uno u otro de ellos o, quizá, de ninguno (caso de conmorienencia).

Concluyó su breve razonamiento PELLA Y FORGAS aclarando que “como todas las donaciones en capítulos son mutuas y por ello no son verdaderas donaciones o liberalidades, antes bien deben considerarse como remuneraciones recíprocas”<sup>98</sup>. Con lo cual, a la vez que afirmó su carácter de donación *propter nupcias*, aportó el primer sillar a la construcción de las argumentaciones a favor de su carácter oneroso.

### **1.3. JOSE MARIA DE PORCIOLES Y COLOMER**

Poco aportó este autor al estudio de la institución que nos ocupa. Simplemente, y siguiendo en cierto modo lo ya dicho por PELLA Y

---

<sup>98</sup> PELLA Y FORGAS, J., *op. cit.*, pag. 244.

FORGAS, le pareció descubrir bajo los ropajes del pacto de supervivencia una donación entre esposos, con lo que lo dicho acerca de los problemas suscitados en aquel entonces por las donaciones entre cónyuges puede extenderse al presente<sup>99</sup>.

## **2. Génesis de las distintas teorías sobre la naturaleza jurídica de la compraventa con pacto de supervivencia: VALLET DE GOYTISOLO, VIRGILI SORRIBES, CALVO SORIANO. Las bases del conflicto. Otros autores**

En el año 1942, JUAN VALLET DE GOYTISOLO tomó posesión de su primer destino como notario en Torroella de Montgrí. Un año y unos meses después, en agosto de 1944, publicó el que sería su primer trabajo dentro de una extensa obra jurídica, bajo el título: *La compraventa por mitades indivisas y con pacto de supervivencia. Su naturaleza jurídica y su eficacia en el Derecho común y en el foral catalán*. Este artículo, además de constituir el dignísimo comienzo de una larga y meritoria producción jurídica, tiene el mérito añadido de erigirse en el primer estudio serio y científico sobre el denominado pacto de supervivencia<sup>100</sup>.

En efecto, tal como hemos visto, antes de este estudio apenas si había sido atendida esta singular institución por parte de la doctrina. El propio VALLET citó en su primera obra las dos referencias que de pasada hicieron SAGUER Y OLIVET y MARTIN MESTRES<sup>101</sup>, omitiendo el estudio algo más amplio efectuado por PELLA Y FORGAS, ya estudiado aquí, y aludiendo a dos resoluciones de la Dirección General de Registros y del Notariado de los años 1917 y 1932.

Ahora bien, dicho trabajo se transmutó en un auténtico pistoletazo de salida para que, fundamentalmente, tres autores se enzarzaran en un rico debate doctrinal acerca de la naturaleza jurídica

---

<sup>99</sup> PORCIOLES Y COLOMER, J.M., *op. cit.*

<sup>100</sup> Así lo reconoció CALVO SORIANO, A., *op. cit.*, pag. 362, al admitir que a través del mismo VALLET alcanzó “la primacía de haber realizado un estudio profundo sobre la cuestión”.

<sup>101</sup> VALLET DE GOYTISOLO, J., “La compraventa por...”, *op. cit.*, pag. 709.

del pacto de sobrevivencia: VALLET DE GOYTISOLO, VIRGILI SORRIBES y CALVO SORIANO. A las primeras propuestas de VALLET, respondió VIRGILI con un artículo tal vez escueto, pero vigoroso, lleno de sentido y profundamente influyente en posteriores autores, como se verá, en el que rebatió las conclusiones de VALLET aportando su propia solución, lo que propulsó un segundo trabajo del primero, donde a la par que ensalzaba a VIRGILI lo atacaba defendiendo y desarrollando su postura original, para que acto seguido hiciera su aparición CALVO SORIANO con una nueva argumentación contra los dos anteriores, especialmente contra VALLET, dando lugar a una tercera teoría absolutamente diferente a las dos previas, que originó un subsiguiente artículo de VALLET, de nuevo a la carga en la defensa de su postura, pero, a la vez, aportando nuevas soluciones.

Si a estos artículos “encadenados” sumamos otros dos trabajos, firmados por MARTIN RETORTILLO y SANAHUJA SOLER, comprobaremos que, tras años de vida jurídica desarrollada en la “clandestinidad” del derecho consuetudinario y la práctica jurídica al amparo de las notarías catalanas, alejada de los trabajos doctrinales y las disputas, la compraventa con pacto de sobrevivencia protagonizó un enérgico despegue, originando una serie de importantes estudios jurídicos, serios y profundos, que constituyen la base doctrinal de esta institución, y de los que se deriva una rica polémica, hoy día no resuelta.

**2.1. JUAN VALLET DE GOYTISOLO: La tesis unitaria. - De la propiedad temporal sometida a una doble condición suspensiva y resolutoria, al fideicomiso contractual**

*Holgará, pues, el ponderar la conveniencia de proyectar algo de luz sobre estas sombras, para que se precisen los contornos, y si es posible, para que se lleguen a distinguir los matices<sup>102</sup>.*

**2.1.1. Marco histórico-jurídico en que se ubica la obra de VALLET DE GOYTISOLO**

Desde el punto de vista doctrinal, la obra de VALLET DE GOYTISOLO representa, como ya hemos adelantado, un antes y un después en el estudio jurídico de la compraventa con pacto de sobrevivencia.

Nacido en Barcelona, JUAN VALLET DE GOYTISOLO preparó con éxito las oposiciones a notarías bajo la dirección de RAMON-MARIA ROCA SASTRE, siendo su primer destino en Torroella de Montgrí (Girona), donde permaneció de 1942 a 1944, año en que se trasladó a Malgrat.

Fue precisamente en el ejercicio de su cargo de fedatario público en Torroella de Montgrí, como ya he adelantado, cuando, como consecuencia de la sorpresa producida por el descubrimiento de la habitual práctica de incluir en las escrituras de compraventa una peculiar cláusula, mediante la cual los adquirentes de una finca (principalmente cónyuges, pero también otros familiares y extraños) pactaban adquirir la misma por mitad y para el que de ellos sobreviviera, tuvo conocimiento de las llamadas *compraventas con pacto de sobrevivencia*.

La referida cláusula conoció en esta primera fase de su existencia

---

<sup>102</sup> VALLET DE GOYTISOLO, J., “La compraventa por...”, *op. cit.*, pag. 710.

diferentes redacciones, dependiendo del gusto o criterio del notario autorizante. Esta variedad de formas pone de manifiesto, ya desde su origen, una de las cuestiones más debatidas e interesantes de la institución que nos ocupa, como veremos: la de si estamos ante un único negocio jurídico, o bien ante una suma de dos negocios diferentes.

MARTIN RETORTILLO, a modo de ejemplo, citó las siguientes fórmulas de redacción con que se había encontrado:

“Don A. vende perpetuamente a los consortes don B. y don C., que compren por mitades indivisas, y en su totalidad para el que sobreviva de estos, la propiedad del inmueble siguiente...

... vende a los consortes A. y B., que adquieren por mitades indivisas, y para el que de ellos sobreviva la plena propiedad de la siguiente finca...

A. vende perpetuamente a los comparecientes, consortes B. y C., y al sobreviviente de los mismos, las fincas...”<sup>103</sup>.

A estas, podemos añadir las que añadió VALLET DE GOYTISOLO:

“Los consortes compradores pactan o convienen expresamente entre sí, que la mitad del que premuera “pasará” (o será o acrecerá) al que sobreviva de los dos.

...vende a los consortes A. y B., que adquieren por mitades indivisas y para el que de ellos sobreviva, la plena propiedad de la siguiente finca.

A vende perpetuamente a los comparecientes, consortes B y C, y al sobreviviente de los mismos las fincas...

---

<sup>103</sup> MARTIN RETORTILLO, C., *op. cit.*, pag. 439.

... que adquieren una mitad indivisa cada uno con la “circunstancia de que la mitad del que premuera será para el que sobreviva”<sup>104</sup>.

El matiz diferenciador entre unas y otras radica en la solución adoptada en cada redacción para introducir el pacto de sobrevivencia, en cuanto unas precisan que es *el propio vendedor quien transmite* una mitad a cada cónyuge y todo al que sobrevive, mientras otras afirman que el vendedor únicamente transmite y los compradores *pactan* que todo será para el sobreviviente.

Este leve matiz, como hemos adelantado, contiene la génesis misma de las dos contrapuestas teorías, unitaria y dualista, a las que hemos hecho referencia, y sobre las que más adelante nos extenderemos.

Volviendo a la gestación de la obra de VALLET, conviene recordar una vez más que, tras esta sorpresa inicial, nuestro autor se preocupó de reunir todo el material que pudo acerca de la institución descubierta, y fue poco lo que halló: dos resoluciones de la Dirección General de Registros y del Notariado, y breves referencias por parte de la doctrina.

Detengamos, pues, en estos antecedentes.

#### **2.1.1.1. Resoluciones de la Dirección General de Registros y del Notariado.**

##### **a) Resolución de 19 de mayo de 1917**

Por la misma, se resolvió un recurso presentado por el notario don Pablo Sanahuja contra la negativa del registrador de la propiedad de Balaguer a inscribir una escritura de compraventa autorizada por el primero, en la cual se incluyó la siguiente cláusula:

---

<sup>104</sup> VALLET DE GOYTISOLO, J., “Teleología y...”, *op. cit.*, pags. 9 y 10.



*Cual venta a su favor otorgada, aceptan los Ramón Llovera y María Rovira, conviniendo entre sí los tales compradores, que el que de ellos sobreviva adquiriera la mitad de dicha finca correspondiente al premuerto, en términos que el tal sobreviviente quede dueño de la totalidad de la finca.*

Una vez presentada la escritura de compraventa en el Registro, el registrador inscribió la venta, pero denegó la inscripción del pacto incluido en la misma por considerar que constituía una donación *mortis causa*, y que como tal no cumplía los requisitos del artículo 620 del Código Civil.

Frente a tal calificación, el notario Sanahuja interpuso el correspondiente recurso gubernativo alegando, entre otros, los siguientes fundamentos:

1. Que el referido pacto no constituía una relación jurídica independiente respecto de la compraventa, sino que conformaba una cláusula o condición del mismo, vinculada a la aceptación por parte de los compradores.

2. Que en el ánimo de los compradores en ningún caso apareció la voluntad de otorgar un acto de última voluntad, sino al contrario el de *comprometerse en vínculo contractual*.

3. Que la inclusión de dicho pacto encontraba acomodo bajo el principio *pacta sunt servanda*, amparado por el capítulo 1º, título 35, libro primero de las Decretales de Gregorio IX, en el ámbito del Derecho Foral Catalán, y en el propio artículo 1255 del Código Civil, que recoge el principio de autonomía de la voluntad.

4. Que tanto la jurisprudencia de la Dirección General de Registro y del Notariado como la del Tribunal Supremo, diferencian entre donaciones *inter vivos* con entrega de la cosa *post mortem* y donaciones *mortis causa* por motivo de muerte o peligro mortal, siendo la voluntad de los otorgantes otorgar una donación *inter vivos* de carácter recíproco o compendiosa, postura admitida por la

jurisprudencia del Tribunal Supremo en sentencia de 5 de mayo de 1892, donde se reconoce a este tipo de donación su carácter contractual, y no de acto de última voluntad.

La respuesta del registrador fue que el pacto únicamente podía considerarse como una donación *mortis causa*, en cuyo caso se incumplían los requisitos formales exigidos por el citado artículo 620 del Código Civil, o bien como un mandato, que según el artículo 1732 del mismo Código se extingue con la muerte del mandante, por lo que se reafirmaba en su calificación primera.

El Presidente de la Audiencia confirmó la calificación del registrador, insistiendo en el carácter de donación *mortis causa* del pacto, de modo que se incumplían los requisitos de forma exigidos por los actos de última voluntad de acuerdo con la legislación vigente en aquel momento, tales como la necesidad de ser otorgados ante cinco testigos.

Ante esta argumentación, insistió el notario en que el pacto no debía ser considerado bajo la óptica de las donaciones *mortis causa*, sino más bien como *una de tantas combinaciones de mutualidad de las llamadas tontinarias, cuya especialidad consiste en lucrarse los supervivientes con el capital que dejan los difuntos*, argumento al que sumó otras consideraciones sobre la cumplida necesidad de ser otorgada la escritura ante dos necesarios testigos, y no cinco.

Llegados a este punto, la Dirección General de Registros y del Notariado resolvió la controversia emitiendo un importantísimo dictamen, clave para entender el posterior devenir de las argumentaciones a favor y en contra de la naturaleza de transmisión *inter vivos* o *mortis causa* del pacto de sobrevivencia. Sus conclusiones fueron las que siguen:

1. Que la discutida cláusula de supervivencia, en virtud de la cual acordaron los compradores que la totalidad de la finca adquirida

pasaría a aquel de los que sobreviviera al otro, debía considerarse perfectamente legal y ajustada a derecho, bajo la forma de condición resolutoria, y por tanto inscribible en el Registro de la Propiedad, toda vez que dichos adquirentes estaban disponiendo de cosas que no formaban parte anteriormente de su patrimonio y no se atribuían la condición de heredero o de sucesor a título particular, así como por el carácter recíproco de su compromiso.

2. Que en virtud del principio de autonomía de voluntad consagrado en el artículo 1255 del Código Civil, los compradores podían perfectamente llegar al acuerdo en litigio y disponer de sus propios bienes aún en perjuicio de sus herederos forzosos, dado que *la constitución de un derecho real sobre bienes determinados, en consideración a la supervivencia, es un convenio entre vivos, cuyos desarrollos propios se encuentran en el derecho de contratación y en el de cosas, sin que la entrega del objeto o el goce de una facultad “post mortem” sea más que una mera modalidad del convenio, nunca bastante para desnaturalizar el carácter de los actos entre vivos*, todo ello de acuerdo, además, con la sentencia de 14 de diciembre de 1910 del Tribunal Supremo.

3. Que aún admitiendo dos clases de donaciones “*mortis causa*”<sup>105</sup>, no cabe incluirse el pacto de sobrevivencia entre las mismas, dado que *la posesión simultanea de la finca, la creación de derechos reales irrevocables por la mera voluntad, el pago del precio que, según las presunciones legales, ha de hacerse por mitad, y hasta el empleo del verbo “adquirir”, en vez de “suceder”, “heredar” o “donar”, u otro de igual alcance, son circunstancias excluyentes de tal supuesto; y prueban la naturaleza bilateral o recíproca del contrato.*

---

<sup>105</sup> Los dos tipos de donaciones *mortis causa* que reconoce la Dirección General son los siguientes:

- Un primer grupo, integrado por aquellas efectuadas con entrega directa de la cosa, cuya causa es la amenaza de una enfermedad grave o peligro, que quedan sujetas a condición resolutoria.
- El segundo grupo estaría integrado por aquellas otras efectuadas por causa de muerte, sin entrega en este caso del objeto de las mismas, y bajo condición suspensiva, siendo su causa eludir en la medida de lo posible los cauces legales de la sucesión hereditaria.

4. Que la prohibición de contratos sobre herencia futura del artículo 1271, párrafo segundo del Código Civil tampoco es alegable, pues únicamente se están estableciendo *pactos aleatorios que sin comprometer directamente la herencia futura, ni estar inspirados en un concepto técnico o vulgar de sucesión hereditaria (...) se refieren a la muerte como punto de arranque de Derechos reales.*

Las consecuencias de esta resolución a la hora de concretar el estudio de las llamadas compraventas con pactos de sobrevivencia, como ya hemos adelantado, fueron determinantes, pues de un modo claro y preciso fijó la doctrina de la Dirección General de Registros y del Notariado acerca de la naturaleza de las mismas: refiriéndose de un modo autónomo al pacto de sobrevivencia, al que parece diferenciar con claridad del contrato de compraventa, afirma sin tapujos que no pertenece al ámbito de las transmisiones *mortis causa*, mediante los elocuentes argumentos que hemos transcrito, hecho este de gran influencia, habida cuenta de la autoridad de dicha institución, y especialmente en el ámbito de desarrollo de la figura que nos ocupa, el de los registradores de la propiedad y los notarios.

La conclusión de la Dirección General de Registros y del Notariado, pues, fue que el pacto de supervivencia constituía un negocio *inter vivos*, aleatorio y bilateral o recíproco, cuya eficacia quedaba determinada por el fallecimiento de uno de los contratantes, y cuyo carácter oneroso lo situaba en el derecho de contratación o en el de las cosas, evitando cualquier conflicto con los herederos forzosos, frente a lo que sucede con las donaciones, ya sean *inter vivos* o *mortis causa*.

Ahora bien, pese a la importancia de la resolución que comentamos, fue objeto de ciertas críticas acerca de su indeterminación a la hora de resolver la cuestión de naturaleza jurídica. Así, VALLET afirmó sobre la misma que, pese a que rotundamente rechazaba su consideración como donación *mortis causa*, “no se decide claramente a determinar si es una donación *inter vivos*, un contrato oneroso o si simplemente la estudiada compraventa es un negocio, simple e

inescindible, en el que las mitades indivisas adquiridas por los compradores están afectadas a una condición resolutoria”<sup>106</sup>.

#### **b) Resolución de 5 de mayo de 1932**

El punto de partida de esta resolución es muy similar al de la anterior, aunque el ámbito espacial es diferente: en este caso, nos situamos no en el territorio de Cataluña, sino en Palma de Mallorca.

Fue en esta ocasión el notario de Lluchmayor, don Manuel Baraibar Arrarás, quien interpuso el consabido recurso gubernativo contra la calificación del registrador de la propiedad de Palma, quien en la escritura de venta de un terreno sito en la misma ciudad donde tenía fijado su domicilio profesional el notario, no admitió la inscripción de la estipulación tercera de la referida escritura, que rezaba lo siguiente:

*Manifiestan los compradores que al fallecimiento de uno de ellos ha de pasar al sobreviviente la parte que el premuerto adquiere en esta escritura.*

La argumentación del Registrador a la hora de calificar el documento y denegar la inscripción fue que la referida estipulación constituía una donación prohibida por la Ley, de modo que daba lugar a un defecto insubsanable, lo que a efectos prácticos suponía evitar incluso la anotación preventiva de la misma.

Las alegaciones del notario se fundamentaron casi en exclusiva en la resolución de la Dirección General de Registro y del Notariado que antes hemos comentado: afirmó que tal pacto no suponía en modo alguno un acto de liberalidad de los recogidos en el artículo 618 del Código Civil, sino antes bien un compromiso de carácter recíproco y aleatorio, lo que unido a que dicha propiedad no era parte integrante del patrimonio de los adquirentes con anterioridad, le confería su carácter oneroso, destacando que lo único en que podía traducirse el

---

<sup>106</sup> VALLET DE GOYTISOLO, J., “La compraventa por mitades...”, *op. cit.*, pag. 713.

pacto era en que tras la compra los adquirentes sujetaron la parte adquirida por cada uno a una condición resolutoria, siendo estas admitidas por la Ley Hipotecaria (artículos 9º y 16º) para su inscripción, y amparándose para justificar la legalidad de su inclusión en el artículo 1255 del Código Civil.

El Registrador, sin embargo, respondió de modo parecido a su compañero del año 1917: indicó que el Código Civil prohibía por aquel entonces las donaciones entre cónyuges; y que aún en el caso de que no constituyera dicho pacto un acto de liberalidad, sino una venta sujeta a condición resolutoria, también sería nulo, por cuanto el Código Civil, en su artículo 1458, tampoco admitía las ventas de bienes entre cónyuges si no constaba que hubieran pactado el régimen de separación de bienes. También rechazó que pudiera ser válido como cesión aleatoria por analogía con la donación y la venta.

El Presidente de la Audiencia, posteriormente, confirmó la decisión del registrador, defendiendo sus argumentos y añadiendo que dado que a raíz de lo establecido en la escritura de venta quedó claro que los compradores adquirieron por mitades dicha finca, pagando cada uno su parte y resultando dueños de la misma, no podía admitirse que sujetaran sus adquisiciones a una condición resolutoria, puesto que supondría tanto como resolver la adquisición efectuada con carácter retroactivo, lo que equivaldría en la práctica a considerarlo como no realizado. Preciso además que el hecho de incluir la frase “ha de pasar al sobreviviente” alejaba cualquier posibilidad de admitir su carácter condicional.

Tras las oportunas alegaciones del notario, la Dirección General resolvió sorprendentemente de un modo muy diferente a como lo había hecho quince años atrás, afirmando que independientemente de que se considerara el pacto de sobrevivencia bien como una condición resolutoria incluida en la compraventa, bien como una donación, ya *inter vivos* con entrega *post mortem*, ya recíproca o compendiosa, lo realmente importante era atender al pacto en relación con el vínculo matrimonial que unía a los compradores, así como a la finalidad

perseguida por los mismos, y todo ello con el objetivo claro de determinar su posible inscripción o no en el Registro de la Propiedad.

Tras estas aclaraciones iniciales, concluyó:

Que el hecho de adquirir cada uno de los cónyuges una mitad indivisa de la finca, sin indicar nada más, suponía que tanto una como otra pasaban a formar parte de la sociedad de gananciales integrada por ambos cónyuges, de modo que cada una de las cuotas había de integrarse en dicha comunidad, considerando la adquisición como un todo conjunto, indivisible en las clásicas cuotas de la comunidad romana, dado el especial carácter que atribuye la sociedad de gananciales a los bienes adquiridos de forma onerosa por cada uno de los cónyuges.

Siendo esto así, admitir el pacto de sobrevivencia respecto de un bien concreto supondría tanto como admitir una modificación de dicho régimen legal durante el matrimonio, algo que en aquel entonces, de acuerdo con lo establecido en el Código Civil<sup>107</sup>, no estaba permitido, de modo que la voluntad de los cónyuges de alterar dicho régimen no podía producir ningún efecto.

A esto, sumaba la Dirección General que al estar prohibidos los contratos de mera liberalidad entre los esposos, no podía acudirse al artículo 1255 del Código Civil.

Tras lo dicho, y a modo de cierre, su consideración final no pudo ser más concluyente, al rechazar de plano su asimilación con una “combinación tontina” y con “una sociedad particular de bienes por deducción o interpretación, a *sensu contrario*, del artículo 1677 del Código Civil”, así como su justificación basada en que la nulidad del pacto de sobrevivencia supondría la prohibición del seguro de vida cuando ambos cónyuges fueran los beneficiarios, ya que precisamente el Código de Comercio establecía este supuesto como una salvedad.

Por todo ello, en esta ocasión resolvió la Dirección General de Registros y del Notariado de modo favorable al Registrador de la

---

<sup>107</sup> Especialmente, Capítulo 1º, Título III, Libro IV del Código Civil, tal y como estaba vigente en el año 1932.

Propiedad, manteniendo la no inscripción del pacto de sobrevivencia por suponer de hecho una modificación encubierta, y prohibida, del régimen económico matrimonial.

### **c) Conclusiones extraídas de las dos anteriores resoluciones**

A la hora de juzgar la evidente divergencia existente entre ambas resoluciones, no debemos efectuar una lectura a la ligera de las mismas, pues la clave de tan diferentes enjuiciamientos estriba, fundamentalmente, en el régimen económico matrimonial de los adquirentes con pacto de sobrevivencia.

Mientras que en Cataluña se aplicaba, como ahora, de forma supletoria, el régimen de separación de bienes, a través del Derecho Foral Catalán, el supuesto resuelto por la resolución de 5 de mayo de 1932 tenía por sujetos protagonistas a un matrimonio regido por la sociedad de gananciales. En consecuencia, la venta en uno y otro caso se produjo a favor de matrimonios en los que imperaba un régimen económico matrimonial diferente.

Desde este punto de vista, se entiende que las resoluciones de la Dirección General de Registro y del Notariado sean tan distintas en sus conclusiones, pues mientras en el primer caso se trataba de buscar acomodo y defender una figura propia del Derecho Catalán, cuya base de existencia, a juicio de muchos, tal y como hemos expuesto, era paliar los gravosos efectos del régimen de separación de bienes vigente en Cataluña, en el segundo caso vemos como cambia radicalmente el terreno de juego, y ahora la prioridad de la Dirección General es defender la prohibición de modificar el régimen matrimonial de gananciales para dar acomodo a una propiedad por cuotas en el mismo, en contradicción con las disposiciones vigentes en el Derecho Civil Común.

#### **2.1.1.2. Posiciones doctrinales previas**

Desde el punto de vista doctrinal, tampoco fue mucho con lo que



pudo contar VALLET: referencias marginales en obras de SAGUER OLIVET y MARTIN MESTRES<sup>108</sup>, así como una conferencia de PORCIOLES COLOMER de 1934, donde se tocó el tema de forma superficial. En un momento posterior, también citó la obra de SANAHUJA<sup>109</sup>.

Dado que ya nos hemos detenido anteriormente en los estudios de SAGUER Y OLIVET y PORCIOLES Y COLOMER (a los que hemos añadido a PELLA Y FORGAS, olvidado por VALLET) nos remitimos a lo dicho previamente en este mismo capítulo<sup>110</sup>. Respecto del estudio realizado por SANAHUJA SOLER, para atender al orden de expositivo que hemos propuesto, nos remitimos a lo desarrollado más adelante<sup>111</sup>.

### **2.1.2. Toma de posicionamiento de VALLET DE GOYTISOLO. La denominada “Tesis Unitaria”**

Contando con tan pocos antecedentes, VALLET DE GOYTISOLO abordó el estudio de las compraventas con pacto de sobrevivencia poniendo especial énfasis en determinar cuál era realmente la naturaleza jurídica de las mismas. Dicha preocupación, sin duda obedece a las inquietudes de un jurista interesado por el estudio en profundidad del derecho, por sus vicisitudes y problemas estrictamente doctrinales; pero también a las preocupaciones eminentemente prácticas de un profesional del derecho, en su caso un notario, que buscaba a través de dicho estudio la mayor precisión posible para aplicar un instrumento de uso cotidiano, pero cuyos efectos aparecían difuminados y resultaban notoriamente inciertos, con la finalidad de poder emplearlo con el mayor rigor y seguridad posibles. Así lo manifestó el propio VALLET, al afirmar que los efectos jurídicos de esta institución quedaban “totalmente en la penumbra. Prueba de ello es la

---

<sup>108</sup> VALLET DE GOYTISOLO, J., “La compraventa por mitades...”, *op. cit.*, pag. 709.

<sup>109</sup> VALLET de GOYTISOLO, J., “Las compras con pacto...”, *op. cit.*, pag. 291. En la misma página, también cita a MARTIN MESTRES, indicando que únicamente hizo una “simple referencia” a la institución que nos ocupa.

<sup>110</sup> Apartado 2.1. de este capítulo.

<sup>111</sup> Apartado 2.4. de este mismo capítulo.

falta de concreción que se observa en las calendadas Resoluciones al discutir esta figura, y el criterio, variable e inseguro, que los mismos profesionales del Derecho, de las comarcas donde es corriente esta estipulación, tienen de ella”<sup>112</sup>. Por ello, la labor que se encomendó a sí mismo fue arrojar algo de luz sobre esa penumbra.

Su punto de partida fue el siguiente: tomando el principio de autonomía de la voluntad como base del Derecho Privado en materia contractual, reconoció que la compraventa con pacto de sobrevivencia podía ser configurada de diferentes modos, por lo que su labor como notario debía ser entender cuál era realmente la voluntad de los otorgantes y, a continuación, revestirla de las formalidades legales precisas para su perfecta validez. O, como él mismo manifestó: “empezaremos tratando de averiguar cuál es la intención o intenciones empíricas que pueden perseguirse por los otorgantes; y una vez construido el maniquí o maniquies, les iremos probando los vestidos dogmáticos”<sup>113</sup>.

Pues bien, a partir de la consideración de la intención de las partes, VALLET distinguió dos situaciones diferentes, que implicaban dos soluciones distintas, según se advirtiera en los compradores la intención de querer dotar al pacto de sobrevivencia, incluido en la escritura de compraventa, de carácter *irrevocable*, o no.

Si su voluntad fuera dotar al pacto de **carácter revocable**, siendo realmente su intención mantener la libre disposición sobre la parte adquirida por cada uno, y, como opinaba VIRGILI SORRIBES, evitarse simplemente hacer testamento<sup>114</sup>, ahorrándose de esta forma sus gastos, la solución idónea para VALLET era incluir en la escritura una

---

<sup>112</sup> VALLET DE GOYTISOLO, J., “Las compraventas...”, *op. cit.*, pag. 710.

<sup>113</sup> VALLET DE GOYTISOLO, J., “Teleología y...”, *op. cit.*, pag. 4.

<sup>114</sup> VIRGILI SORRIBES, F., “Problemas que suscita...”, *op. cit.*, pag. 333, en la que dicho autor manifiesta que, según su opinión, la finalidad real de los adquirentes mediante el pacto de sobrevivencia no es sino “ahorrar, tener que otorgar dos testamentos; el ahorro de unas pocas pesetas es el *leit motiv* de que pidan al Fedatario una figura jurídica de lindes tan poco precisos como es el pacto de sobrevivencia”, algo con lo que VALLET DE GOYTISOLO no estaba de acuerdo, según hemos expuesto ya en el capítulo primero del presente trabajo. Sobre la opinión y obra de VIRGILI nos extenderemos más adelante.

cláusula de este tipo: “*ambos cónyuges dejan o donan mortis causa al que de los dos sobreviviera, la respectiva mitad indivisa adquirida en este instrumento*”<sup>115</sup>. Solución esta que, en puridad, nos aleja de la naturaleza del pacto de sobrevivencia, pero que responde a la intención de las partes de un modo más correcto y exacto.

Ahora bien, si su voluntad realmente fuera adquirir de forma conjunta y para el que sobreviviera de los dos una determinada cosa, con intención de hacer **irrevocable** dicho pacto, entonces la solución sería otra muy diferente, y sí daría lugar a lo que podemos considerar la venta con pacto de sobrevivencia.

Entre las cláusulas propuestas anteriormente, a la hora de dar forma a esta segunda alternativa VALLET se decantó por la que fue acuñada por el notario de Vich, SANS FONT:

*“A vende perpetuamente a los comparecientes, consortes B y C, y al que sobreviva de los mismos las fincas...”*

Establecida esta distinción, entendemos que, tanto para VALLET como para nosotros, realmente la institución que nos ocupa se integra únicamente en la segunda posibilidad, de modo que esta diferenciación basada en la intención real de las partes, a la que tanta importancia concedió el entonces notario de Torroella de Montgrí, se traslada de modo efectivo al terreno práctico, respaldando la afirmación de VALLET de que “el contrato que estudiamos puede ser configurado de la más variada manera, siempre que sea respetada la intención empírica de las partes”<sup>116</sup>.

Ahora bien, el que se decantase por una redacción concreta a la hora de reflexionar sobre cuál era la intención de las partes que da lugar realmente al pacto de sobrevivencia, adquiere especial relevancia, no sólo porque pone de manifiesto la elección para VALLET de la que era, a su juicio, la forma más perfecta de redacción del pacto, sino

---

<sup>115</sup> VALLET DE GOYTISOLO, J., “Teleología y...”, *op. cit.*, pag. 11.

<sup>116</sup> VALLET DE GOYTISOLO, J., “La compraventa por...”, *op. cit.*, pag. 710.

porque, además, da lugar a un segundo debate, más intenso, polémico y dificultoso que el anterior, y que VALLET abordó con suma meticulosidad y atención: que la compraventa con pacto de sobrevivencia podía constituir *bien un solo contrato inescindible, bien dos negocios jurídicos superpuestos*.

Detengámonos ahora en esta dualidad.

Como ya adelantamos, en el momento de publicarse el primer trabajo de VALLET DE GOYTISOLO, se otorgaban de forma habitual escrituras de compraventa con pacto de sobrevivencia. Dado que en aquel entonces esta institución pertenecía al ámbito del Derecho consuetudinario y se sometía al criterio del notario autorizante de la correspondiente escritura, su redacción se produjo de muy diversos modos, modos que fueron aplicándose al menos durante la primera mitad del siglo XX, y con los que VALLET no sólo se encontró, sino que él mismo tuvo que incluir, siguiendo su propio criterio, que ya ha quedado expuesto, en las correspondientes escrituras de compraventa.

Pues bien, algunos de esos notarios, entre los que se encontraba ROCA SASTRE, empleaban una fórmula parecida a esta: *Los consortes compradores pactan o convienen expresamente entre sí que la mitad del que premuera pasará (o será, o acrecerá) al que sobreviva de los dos*.

Otros, como VALLET DE GOYTISOLO, en cambio, se decantaban por una redacción semejante a la que ya hemos transcrito: *“A vende perpetuamente a los comparecientes, consortes B y C, y al sobreviviente de los mismos, la finca X”*<sup>117</sup>.

La importancia de poner de relieve el matiz diferenciador existente entre una fórmula y otra, es que dicho matiz encierra en sí mismo la génesis de las teorías unitaria y dualista, ya que, según la primera de las fórmulas expuestas, son los *propios compradores* quienes pactan, dentro de la compraventa, pero independientemente del vendedor, que el que de ellos sobreviva se quedará con el pleno dominio de la finca adquirida conjuntamente, mientras que con la segunda fórmula *es el vendedor quien trasmite* a ambos cónyuges y al que sobreviva de ellos.

---

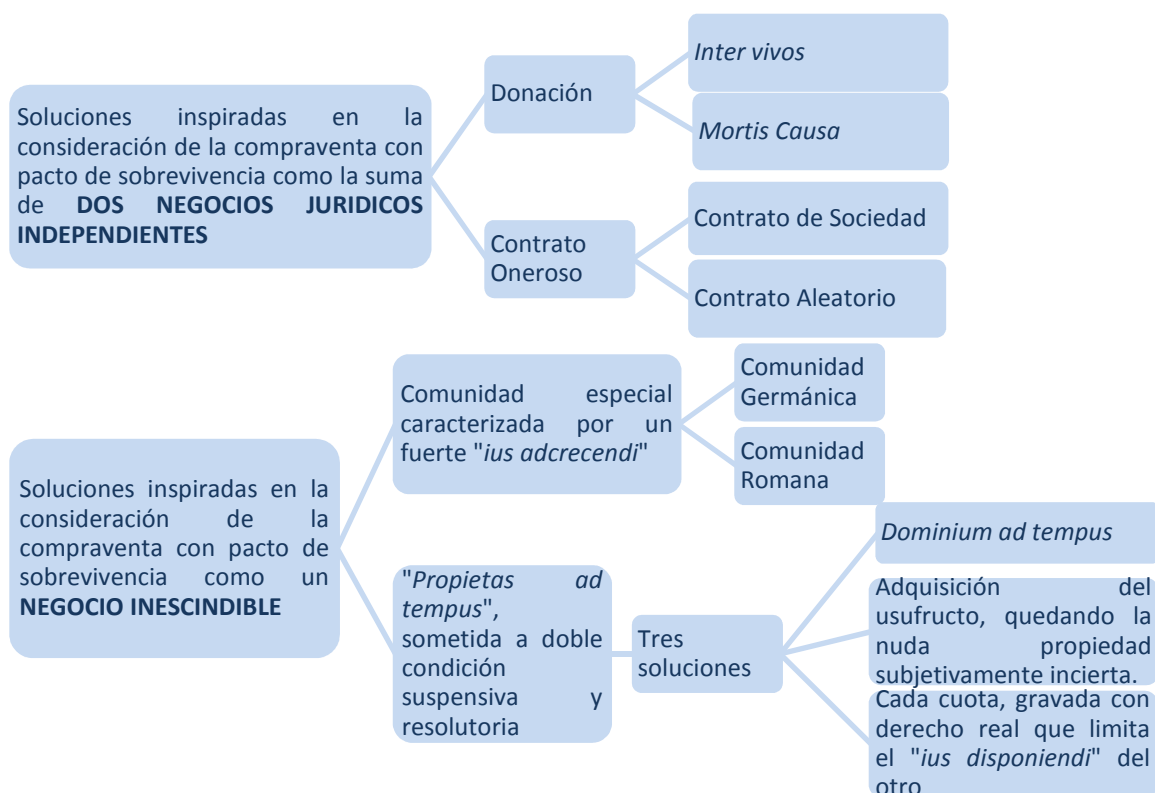
<sup>117</sup> VALLET DE GOYTISOLO, “Teleología y...” *op. cit.*, pag 9.

Expuesto de un modo muy esquemático y simplista, este planteamiento es el que diferencia las tesis dualistas (aquellas que encuentran una dualidad de contratos) de las unitarias (un sólo contrato).

¿Cuál es el sentido de la reflexión anterior? Simplemente resaltar que VALLET DE GOYTISOLO fue, por diferentes motivos, siempre partidario de la tesis unitaria, y que esto marcó todo su pensamiento en relación con el estudio del pacto de sobrevivencia.

Desde el principio, al plantearse la naturaleza jurídica de la institución que estudiamos, VALLET se hizo la siguiente pregunta: si había que entender que nos encontramos ante un sólo contrato, inescindible, en el que el pacto de sobrevivencia se entraña como parte integrante del mismo, o bien si se trata de dos negocios jurídicos independientes.

Para responder esta pregunta, VALLET se planteó una amplia gama de posibilidades, que resumimos, a efectos de claridad expositiva, en el cuadro cognitivo siguiente:



Comenzando por la primera de estas dos posibilidades, esto es, la consideración de la compraventa con pacto de sobrevivencia como dos negocios jurídicos diferenciados e independientes, y partiendo de que la compraventa en sí, como negocio jurídico que acompaña y da pie al pacto de sobrevivencia, no ofrecía problema alguno, se planteó en consecuencia bajo qué diferentes formas podía configurarse dicho pacto, llegando a las conclusiones que a continuación se detallan (ninguna de las cuales, dicho sea de paso, consideró posibles).

### **2.1.3. Consideraciones sobre la compraventa con pacto de sobrevivencia como dos negocios jurídicos diferentes. Crítica de las mismas**

El punto de partida para este grupo de consideraciones es que la compraventa, por un lado, y el pacto de sobrevivencia, por otro, deben constituir dos negocios jurídicos independientes, de modo que en un mismo acto (el otorgamiento de la escritura pública de compraventa), se celebrarían dos contratos diferentes, uno seguido del otro.

Lo relevante, en este planteamiento, es descubrir qué clase de negocio jurídico es el que acompaña a la compraventa, recubierto por los ropajes formales del pacto de sobrevivencia. Para VALLET, tres son las posibilidades:

- Dos donaciones.
- Un contrato de sociedad, de tipo tontinario.
- Un contrato oneroso y aleatorio.

Examinaremos a continuación cada una de estas posibilidades:

#### **2.1.3.1. Teoría de la DONACION**

##### **a) Sobre la donación en general**

El artículo 618 del Código Civil establece que *la donación es un acto de liberalidad por el cual una persona dispone gratuitamente de una*

*cosa a favor de otra, que la acepta.*

Este artículo contiene en su enunciado los requisitos básicos que caracterizan la donación: la liberalidad necesaria que ha de influir en el ánimo del donante, el carácter gratuito de la disposición, y la aceptación del beneficiario o receptor de dicho acto gratuito.

Tales caracteres aparecen en el concepto jurídico de donación que propone ALBALADEJO, quien afirma que en nuestro ordenamiento jurídico la donación “es aquella liberalidad que se realiza mediante contrato, en cuya virtud una parte (llamada donante) empobrece su patrimonio al realizar a título gratuito una atribución a favor de otra (donatario), que se enriquece”<sup>118</sup>.

La noción de “liberalidad” toma su origen de la propia definición legal para caracterizar la donación. Por acto liberal debemos entender aquel que se lleva a cabo sin obligación, de tal modo que una persona persigue reportar a otra alguna ventaja o beneficio sin recibir nada a cambio<sup>119</sup>; esto es, de modo gratuito<sup>120</sup>. Tal liberalidad, en la definición propuesta, aparece necesariamente vinculada a la naturaleza contractual de la donación, apartándose del concepto dado por el Código Civil, que se refiere a la misma como un “acto”.

La afirmación sobre dicho carácter contractual, por supuesto, dita mucho de ser pacífica, y constituye obviamente un firme posicionamiento ante una vieja polémica, tan vieja acaso como viejo es nuestro centenario Código Civil: la donación, ¿constituye un contrato, o

---

<sup>118</sup>ALBALADEJO GARCIA, M., *La Donación*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2006, pag. 26. En la misma línea LACRUZ BERDEJO, J.L., RIVERO HERNANDEZ, F. y otros, *Elementos de Derecho Civil II, Volumen Segundo: Derecho de Obligaciones*, Madrid, Dykinson, 2009, pag. 85: “es un contrato en virtud del cual una de las partes, procediendo con espíritu de liberalidad, sin esperar correspondiente y empobreciendo su patrimonio, proporciona a la otra parte un correlativo enriquecimiento o ventaja patrimonial, sea transfiriéndole un derecho propio o asumiendo frente a ella una obligación”.

<sup>119</sup> *Ibid.*, pags. 25 y 26.

<sup>120</sup> ANDERSON, M., “Artículo 618 del Código Civil”, *Código Civil Comentado*, dirigido por CAÑIZARES LASO, A., DE PABLO CONTRERAS, P.V., ORDUÑA MORENO, F.J., y VALPUESTA FERNANDEZ, R., Volumen II, Civitas - Thompson-Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2011, pag. 91. Puntualiza que, frente aquellos que han acusado al Código Civil de redundante al mencionar gratuidad y liberalidad en un mismo precepto, otros han visto en tal distinción el matiz diferenciador de ambos conceptos, siendo la gratuidad objetiva, y la liberalidad subjetiva, de modo que se identifica con el *animus donandi*.

es simplemente un negocio jurídico dispositivo?<sup>121</sup>

Como cualificado ejemplo de la segunda posición, DIEZ-PICAZO y GULLON definen la donación como “un negocio de disposición que efectúa directa e inmediatamente un desplazamiento patrimonial si se hace con las formas y solemnidades legales”<sup>122</sup>.

El origen primero de esta polémica podríamos encontrarlo en las raíces mismas de nuestro texto legal, si hacemos caso de aquellos que afirman que el Código Civil de Napoleón ejerció una poderosa influencia sobre el legislador español decimonónico. En efecto, dado que el emperador francés consideraba como requisito imprescindible para la existencia de un contrato la atribución de obligaciones recíprocas, se mostró muy reticente a reconocer el carácter contractual de la donación, por lo que optó por calificarla como *acto*<sup>123</sup>. El término quedó así acuñado en el texto legal francés, siendo común la opinión de que la influencia del mismo propició que se trasladara tal formulación directamente a nuestro Código Civil<sup>124</sup>.

Pues bien, a partir de esta calificación de la donación como acto, que recoge el artículo 618, y según se entienda el concepto de contrato de un modo más o menos amplio, la doctrina se ha posicionado a uno u otro lado, si bien es cierto que la opinión mayoritaria parece decantarse

---

<sup>121</sup> ALBALADEJO GARCIA, M., *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por ALBALADEJO GARCIA, M., Tomo VIII, Vol. 2, Artículos 618 a 656 del Código Civil, Edersa, Madrid, 1986, pag. 10. Justificó su postura apelando:

1º A diversos artículos del Código Civil: 621, 624, 1.274, etc.

2º Al Derecho Comparado.

3º A la reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo.

4º A la opinión mayoritaria de la doctrina.

Por ello, concluyó afirmando que la posición por él defendida “cabe tanto como cualquiera (por no decir que mucho más que cualquier otra) en el marco de nuestra ley, y es, además, la acogida, no sólo tradicionalmente, sino de forma absolutamente mayoritaria por nuestra doctrina actual”.

<sup>122</sup> DIEZ-PICAZO, L., y GULLON, A., *Sistema de Derecho Civil, Volumen II*, Madrid, Editorial Tecnos, 1.989, pag. 336.

<sup>123</sup> ALBALADEJO GARCIA, M., *La Donación*, op. cit., pag. 30.

<sup>124</sup> Así opinan, por ejemplo LACRUZ y RIVERO, *Elementos de Derecho Civil II, Vol. Segundo...*, op. cit. pag. 85, al defender que con ello el legislador no buscó negar el carácter contractual de la donación, sino más bien “subrayar la concomitancia de modo de adquirir en la clase de donación más específicamente contemplada en los arts. 618 y siguientes: la de cosa cierta, cuyo dominio transfiere el donante al donatario mediante contrato y sin ayuda de tradición”.



por su encuadramiento dentro de los contratos, atribuyendo a un error el uso de la palabra “acto”, así como su ubicación fuera del Libro IV (argumentos lógicamente esgrimidos a la contra por sus opositores), máxime cuando el artículo 1254 del Código Civil afirma que *el contrato existe desde que una o varias personas consienten en obligarse, respecto de otra u otras, a dar alguna cosa o prestar algún servicio*, de modo que admite como contrato aquel en que únicamente uno de los contratantes queda obligado respecto del otro.

La discusión se complica un poco más bajo la influencia de SAVIGNY, quien entendió que la donación puede desarrollarse bajo tres modalidades diferentes: la donación real o traslativa, la obligacional y la liberatoria o condonación de la deuda<sup>125</sup>. Dado que quizá este no es el lugar más oportuno para extendernos sobre estas cuestiones doctrinales, citaremos, aunque sea de modo muy somero, y en espera de poder continuar más adelante con estas cuestiones, especialmente cuando estudiemos la posibilidad de que se otorgue bajo las normas del Derecho Civil Común algo parecido al pacto de supervivencia, que uno de los argumentos esgrimidos en contra de la configuración de la donación como contrato ha sido el de que la donación meramente traslativa o dispositiva no encierra obligación alguna, sino únicamente el voluntario e inmediato acto de disposición de un bien determinado a favor de un tercero, de modo que se justificaría su carácter de negocio traslativo del dominio, pero no de contrato. A quien sí correspondería este carácter contractual es al segundo grupo citado (donación obligacional), que se integra fundamentalmente por las promesas de donar, ya que las mismas sí aparecen como generadoras de una obligación, de modo que pueden encuadrarse dentro del ámbito del contrato<sup>126</sup>.

VALLET DE GOYTISOLO, en su reconocidísimo trabajo sobre las

---

<sup>125</sup> CASTAN TOBEÑAS en *Derecho Civil Español, Común y Foral*, Tomo IV, Reus, Madrid, 1969, pags. 212 y 216.

<sup>126</sup> En este sentido, por ejemplo, DIEZ-PICAZO, L., y GULLON, A., *op. cit.*, pags. 336 y 337.

donaciones<sup>127</sup>, se cuestionó de forma pormenorizada la naturaleza contractual o no de las mismas, y dejó un buen ramillete de ejemplos sobre opiniones a favor y en contra. En el mismo, se refiere a tres grandes grupos en los que clasificar las distintas posiciones de la doctrina española, que pasamos a detallar<sup>128</sup>.

En el primer grupo estarían los que adoptan el criterio de que la donación es un contrato unilateral, consensual, gratuito y traslativo, por medio del cual el donante traspasa de forma irrevocable una parte de su patrimonio a otra, llamada donatario. En consecuencia, el aumento de la fortuna del segundo resulta proporcional a la disminución del primero<sup>129</sup>.

El segundo grupo integraría las opiniones de aquellos que entienden la donación como un modo de adquirir, enlazándose con la configuración de la donación como negocio jurídico dispositivo. Esta segunda concepción encierra una gran variedad de matices según el autor a quien nos acerquemos<sup>130</sup>.

La tercera postura es aquella que aplica la doctrina general de los contratos dirigidos a producir una transmisión dominical. Se entiende que la donación es un *título* adquisitivo, al igual que la compraventa, que a posteriormente requiere de un *modo* propio para producir la transmisión<sup>131</sup>.

No es esta, por supuesto, la única clasificación facilitada por la doctrina en relación con la naturaleza jurídica de la donación<sup>132</sup>; mas de

---

<sup>127</sup> VALLET DE GOYTISOLO, J., *Estudios sobre Donaciones*, Montecorvo, Madrid, 1978.

<sup>128</sup> *Ibid.*, pags. 339 y ss.

<sup>129</sup> *Ibid.*, pag. 339. VALLET cita como ejemplo de este primer grupo a VALVERDE Y VALVERDE.

<sup>130</sup> *Ibid.*, pags 341 a 342. Para MUCIUS SCAEVOLA y SANCHEZ ROMAN la donación es tanto un contrato entendido en sentido lato como un modo de adquirir; para CALVO SORIANO es un negocio traslativo del dominio, que sin necesidad de obligación previa requiere de la tradición; y para NUÑEZ LAGOS es un modo de adquirir, un acto de disposición, pero no de obligación

<sup>131</sup> *Ibid.*, pag. 339. Entre otros defensores de esta postura, DE DIEGO, CASTAN y PUIG PEÑA

<sup>132</sup> ALBIEZ DOHRMANN, K.J., "Título II. De la Donación", *Comentarios al Código Civil*, dirigidos por BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R., Tomo IV, Tirant lo Blanc, Valencia, 2013, pags. 4711 a 4716. Agrupa las diferentes posiciones en torno a la naturaleza

la mayoría de las mismas se revela que la cuestión más conflictiva y menos pacífica recae sobre la consideración de la donación como contrato. Así, mientras que una parte de la doctrina reconoce en el Código Civil español argumentos suficientes para considerar la donación como un negocio jurídico dispositivo<sup>133</sup>, otros autores no dudan en apelar al mismo cuerpo legal para afirmar su naturaleza contractual, pese a que el artículo 618 se refiera a ella como acto<sup>134</sup>.

Esta tradicional disputa, en lugar de haberse ido apaciguando con el paso del tiempo, derivando a conclusiones comunes, se mantiene hoy igual de viva que hace cincuenta años. Y de ella se evidencia que los puntos de conflicto no se centran únicamente en el carácter contractual o no de la donación, extremo que, en último caso, dependerá del enfoque mismo del concepto de contrato que tenga cada autor, sino que va más allá al penetrar en la cuestión de si la donación requiere o no de la existencia de una obligación.

En este sentido, podemos encontrar desde posturas que reconocen siempre la existencia de una obligación, a otras intermedias, que distinguen una donación de carácter meramente traslativo, en la que no hay obligación alguna, sino un inmediato acto de entrega, de aquellas otras de carácter obligacional o contractual, en las que el

---

jurídica de la donación en tres grandes grupos: la donación como acto jurídico de liberalidad; como negocio dispositivo gratuito; y como contrato obligacional.

ANDERSON, M., *op. cit.*, pags.92 a 94, en cambio, reconoce cuatro grandes grupos a la hora de fijar las distintas posiciones doctrinales: la de aquellos que consideran la donación como un contrato; la de aquellos que la interpretan como un negocio jurídico unilateral o bilateral, según la construcción; la de quienes sostienen que se trata de un negocio jurídico dispositivo bilateral; y la de quienes defienden que constituye un negocio jurídico dispositivo unilateral.

<sup>133</sup> ANDERSON, M., *op. cit.*, 94, y ALBIEZ DOHRMANN, K.J., *op. cit.*, pag. 4713 a 4716. Ambos son partidarios además del carácter bilateral del negocio, al requerirse necesariamente la aceptación del donatario. El segundo de los autores citados, en concreto, entiende que la donación se caracteriza por la disposición que realiza el donante a favor del donatario, produciendo un efecto traditorio que no se deriva ni de la entrega ni de la forma, sino de la propia donación, por lo que constituye un negocio dispositivo gratuito.

<sup>134</sup> Véase por todos ALBALADEJO GARCIA, M., *La Donación*, *op. cit.*, pags. 29 a 35. Dicho autor enumera una serie de razones como justificación de su postura: gran cantidad de artículos del Código Civil, tales como los 621, 624, 628, 629, 825 o 1274; el estudio comparado de Derechos modernos, como el italiano, el mejicano o el portugués; reiteradas sentencias del Tribunal Supremo, desde la de 7 de diciembre de 1911 a la de 13 de mayo de 2000; o la mayoritaria opinión de la doctrina, con autores tan reconocidos como CASTAN, PUIG PEÑA, ROCA TRIAS o MONTERO LEON.

donante se compromete a donar en un futuro.

## **b) Donación inter vivos y donación mortis causa**

Tras lo dicho hasta aquí, que no pretende ser en absoluto un estudio riguroso acerca de la naturaleza jurídica de las donaciones, sino más bien una mera introducción o breve semblanza, debemos volver al tema que nos ocupa, esto es, la consideración por parte de VALLET DE GOYTISOLO del pacto de sobrevivencia como una donación que acompaña a la compraventa, situándose en el ámbito de las transmisiones de mera liberalidad.

Desde este punto de vista, VALLET, que todavía consideraba que las compras con pacto de sobrevivencia podían pactarse entre extraños, rechazó su configuración como donación entre los mismos, ya que le parecía dominada por un claro ánimo de lucro, que, lógicamente, se oponía de forma radical a esa liberalidad necesaria y definitoria de las donaciones. Pero, entre cónyuges, entendió que el matiz era distinto, y que en este caso sí podía apreciarse una clara intención de beneficiar al sobreviviente<sup>135</sup>, apareciendo el *animus donandi* en esa voluntad de favorecer de forma gratuita al otro, para dar seguridad a su viudez y reforzar su postura frente a posibles injerencias por parte de los herederos forzosos, a la que ya hemos hecho referencia.

Aceptado este planteamiento previo para situarnos en el campo de las donaciones, el siguiente paso fue plantear qué tipo de donación se ajustaba más a las características propias del pacto de sobrevivencia, en el que, dado que su perfeccionamiento se produce a partir del fallecimiento de uno de los otorgantes, la frontera que separa los negocios dispositivos *inter vivos* de los *mortis causa* se diluye y complica.

Por ello, lo primero que se planteó nuestro autor fue a qué tipo de donación podría dar lugar: si a una donación *mortis causa*, o bien a una doble donación condicional *inter vivos*, pero con entrega *post mortem*.

---

<sup>135</sup> Según lo que hemos expuesto al tratar el origen de esta institución.

El Tribunal Supremo, en sentencia de 14 de diciembre de 1910, definió los criterios que distinguen unas donaciones de otras del modo siguiente:

*Las donaciones inter vivos se distinguen de las mortis causa en que las primeras, irrevocables por naturaleza, aparecen determinadas por un acto de liberalidad mediante el cual una persona, sin consideración a la muerte, dispone por pura bondad del donante y merecimiento del que recibe, de una cosa a favor de otra; mientras que la segunda es, por el contrario aquella que informa en el temor a la muerte o peligro, sin intención de perder el donante la cosa donada o su libre disposición, como sucede en los actos de última voluntad que por su naturaleza son esencialmente revocables.*

Por tanto, esta doble posibilidad, nos adentra en dos modalidades de donación histórica y jurídicamente bien diferenciadas:

La donación *inter vivos*, como vulgarmente se conoce al tipo básico de donación, es aquella que viene recogida en el artículo 621 del Código Civil, y supone un acto de liberalidad, por el cual una persona dispone de forma gratuita de un bien determinado a favor de otra, que debe aceptar. El citado artículo lo único que hace es remitir a las disposiciones generales de los contratos y las obligaciones en todo lo que no se encuentre regulado en el Título II del Libro III del Código Civil, lo que, al hilo de lo que antes comentábamos, no hace, a juicio de ALBALADEJO, sino destacar el carácter contractual de la donación<sup>136</sup>.

La donación *mostis causa*, por su lado, se regula en el famoso y polémico artículo 620 del Código Civil, que dice así:

*Las donaciones que hayan de producir sus efectos por muerte del donante participan de la naturaleza de las disposiciones de última*

---

<sup>136</sup> ALBALADEJO GARCIA, M., *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Tomo VIII, Vol. 2º, *op. cit.*, pag. 53.

*voluntad, y se regirán por las reglas establecidas en el capítulo de la sucesión testamentaria.*

Ríos de tinta se han volcado sobre la validez y existencia de las donaciones *mortis causa* tras la promulgación del Código Civil.

El concepto de donación *mortis causa* es definido de forma muy sencilla y clara por ROCA SASTRE como “una disposición por causa de muerte, a título singular, otorgada en forma de donación”<sup>137</sup>.

Su origen se encuentra en el Derecho Romano clásico, en el que se admitían siempre y cuando existiera un peligro cierto para la vida del donante, o se hicieran bajo la idea de muerte, quedando su validez condicionada a la premoriencia del propio donante<sup>138</sup>.

Posteriormente, el Derecho Común anterior al Código Civil las consideró válidas como una forma de donación *inter vivos* condicionada a la supervivencia del donatario, si bien se reconocía su carácter revocable. En caso de fallecimiento del donante sin revocación, la donación se tenía por realizada en vida de este, y el bien o bienes objeto de la donación no se integraban en el haber hereditario, sino que se entendían como una deuda más a cargo de los herederos.

A partir del Código Civil, sin embargo, la situación dio un giro radical, y tanto la mayoría de la doctrina como la jurisprudencia dominante del Tribunal Supremo (sentencias de 7 de noviembre de 1979, 25 de julio de 1996 o 30 de diciembre de 2003), están de acuerdo en considerar que el artículo 620 constituye, como gráficamente se ha expresado “una esquila mortuoria” de las donaciones *mortis causa*<sup>139</sup>.

Como consecuencia de esta interpretación, el único modo de disponer *mortis causa* desde la entrada en vigor del Código Civil, en principio, es el testamento<sup>140</sup>. Aunque el Código Civil no diga

---

<sup>137</sup> ROCA SASTRE, R.M., *Estudios de Derecho Privado*, Madrid, 1948, pag. 563.

<sup>138</sup> LACRUZ BERDEJO, J. L., RAMS ALBESA, J., y otros, *Elementos de Derecho Civil*, Tomo V, Dykinson, Madrid, 2.009, pags. 157 y 158.

<sup>139</sup> ALBALADEJO GARCIA, M., *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Tomo VIII, Vol. 2º, *op. cit.*, pag. 54. Cita a FUENMAYOR como autor de la famosa máxima.

<sup>140</sup> *Ibid.*, pag. 53. Es expuesta esta conclusión con gran claridad por ALBALADEJO, al afirmar que el significado del artículo 620 implica “que en adelante se suprimen las

literalmente que este tipo de donaciones quedan suprimidas, parece que lo están de hecho, por cuanto al remitir su regulación en todo a las normas que rigen la sucesión, sin límite alguno, se entiende que esto alcanza incluso el aspecto formal, de modo que de forma mayoritaria se interpreta que únicamente pueden otorgarse bajo la forma testamentaria, que es un acto personal y esencialmente unilateral, lo que elimina cualquier posibilidad de acuerdo entre donatario y donante, y nos lleva por fuerza a un acto de voluntad exclusiva del hipotético donante, que se convierte en efectivo testador<sup>141</sup>.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo, como hemos anunciado, también se suma a este parecer. Valgan como ejemplo las sentencias de 7 de noviembre de 1979: *carecen de valor si no se manifiestan a través de alguno de los medios arbitrados para el otorgamiento de las disposiciones testamentarias*; 24 de febrero de 1986: *siendo ineficaces si no se justifican por los medios que regulan el otorgamiento de las disposiciones testamentarias*; la de 25 de julio de 1996: *la llamada “donación mortis causa” a que se refiere el artículo 620 CC (...) no puede tener eficacia si no se justifica por los medios que regulan el otorgamiento de las disposiciones testamentarias*; o la más reciente de 30 de diciembre de 2003: *carece de valor por no revestir las formalidades prevenidas en las disposiciones testamentarias (...). Nos encontramos ante un acto de disposición gratuita «mortis causa» sin forma testamentaria y, por consiguiente, nulo*. En este sentido, también la Resolución de la Dirección General de Registros y del Notariado de 21 de Enero de 1991.

Ahora bien, este criterio acerca de la desaparición práctica y

---

donaciones *mortis causa* (las donaciones que hayan de producir sus efectos por muerte del donante). Para disponer *mortis causa*, después del Código Civil sólo queda el testamento; y hay que someterse a sus reglas al disponer mediante él de los bienes, de los que antes del Código Civil se podía haber dispuesto también por donación *mortis causa*”.

<sup>141</sup> *Ibid.*, pag. 56. Afirma ALBALADEJO que el Código Civil acaba con la donación *mortis causa* al permitir “hacerla sólo – y valga la paradoja –, como una disposición testamentaria más”.

jurídica de la donación *mortis causa* no ha sido acogido de forma unánime por la doctrina, ni en ocasiones por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, lo que nos lleva de nuevo a VALLET DE GOYTISOLO.

En efecto, nuestro autor siempre fue un ferviente defensor de que, lejos de las opiniones hasta este punto reseñadas, “el artículo 620 es un certificado de vida de la donación *mortis causa*”<sup>142</sup>.

Analizando dicho artículo desde un punto de vista gramatical, lógico, histórico, sistemático y teleológico, VALLET llevó a cabo una detallada y férrea defensa de la validez de la donación *mortis causa* en el marco del Código Civil<sup>143</sup>.

De forma muy resumida, expondremos que, a su juicio, la redacción empleada por el Código Civil no implica una exclusión o prohibición de dichas donaciones; al contrario, las preceptúa como donaciones existentes, no como una suerte de legados; y al decir que *participan* de la naturaleza de las disposiciones de última voluntad, establece un vínculo común, pero sin que esto implique identificación. Además, la exigencia de que se riján por las disposiciones establecidas para la sucesión testamentaria, conlleva para VALLET únicamente una orden vinculable a algo existente con anterioridad, esto es, ya nacido, diferenciando las normas de la sucesión testamentaria de las normas propias del testamento, y destacando que estas únicamente han de aplicarse en defecto de las reglas propias para la donación, de modo que formalmente se ha acudir a lo establecido por el Código Civil para la donación en general. Al decir el Código Civil que son donaciones, igual que las *inter vivos*, ya las está dotando de unas *señas de nacimiento*, que implican todo aquello que las caracteriza como donación, esto es, negocio jurídico o contrato bilateral, y no, como hemos dicho, una suerte de legado<sup>144</sup>.

Admitiendo su existencia y validez, en este tipo de donaciones debe aparecer siempre como causa de las mismas la atención al

---

<sup>142</sup> VALLET DE GOYTISOLO, J., *Estudios sobre Donaciones*, op. cit., pag. 255.

<sup>143</sup> *Ibid.*, 251 a 269.

<sup>144</sup> *Ibid.*, pags. 111 a 121.



fallecimiento del donante antes que el donatario; la bilateralidad, requiriendo de aceptación, según los artículos 623 y 633 del Código Civil, así como que sean esencialmente revocables.

También se preocupó VALLET de constatar el criterio variable del Tribunal Supremo, y así citó las sentencias de 8 de mayo de 1896, 2 de diciembre de 1916 o 9 de abril de 1942, así como una resolución de la Dirección General de Registros y del Notariado, de 29 de julio de 1904.

### **c) Donación mortis causa y pacto de sobrevivencia**

Por todo lo dicho, no debe extrañarnos que VALLET DE GOYTISOLO se planteara seriamente la posibilidad de que el pacto de sobrevivencia pudiera configurarse como una donación *mortis causa*, no sólo como un caprichoso ejercicio dogmático, sino como una eficaz y oportuna solución posible.

Ahora bien, volviendo la vista de nuevo al estudio de la compraventa con pacto de sobrevivencia y sus particulares características, nuestro autor encontró un importante obstáculo a su configuración como donación *mortis causa* entre esposos en la ineludible posibilidad de su **revocación** de forma individual: efectivamente, una de las características esenciales del pacto de sobrevivencia es que no puede ser revocado unilateralmente por una de las partes, sino que son únicamente ambos cónyuges, de común acuerdo, quienes pueden determinar su extinción; conclusión esta determinada por los usos en el momento en que publicó sus trabajos VALLET, y que ahora regula el artículo 231-18 del Libro II del Código civil de Cataluña (Ley 25/2010, de 29 de julio). Tal requisito se hace imposible en las donaciones *mortis causa*, que son esencialmente revocables, tal y como reconoció el Tribunal Supremo en sentencia de 14 de diciembre de 1910<sup>145</sup>.

---

<sup>145</sup> Estableciendo la diferencia entre las donaciones *inter vivos* y *mortis causa*, se refiere a las segundas diciendo que se informan *en el temor a la muerte o peligro, sin intención de perder el donante la cosa donada o su libre disposición, como sucede en los actos de última voluntad, que son esencialmente revocables*.

Además, en contra de su consideración como donación *mortis causa*, citó también VALLET la resolución de la Dirección General de Registros y del Notariado, de 17 de mayo de 1917, en la que, como hemos visto, se establece que:

*La constitución de un derecho real sobre bienes determinados en consideración a la supervivencia es un convenio entre vivos, cuyos desarrollos propios se encuentran en el derecho de contratación y en el de cosas, sin que la entrega del objeto o goce de una facultad post mortem sea más que una mera modalidad del convenio, nunca bastante para desnaturalizar el carácter de actos entre vivos.*

En dicha resolución, se niega con rotundidad que la compraventa con pacto de supervivencia sea una donación *mortis causa*; pero no profundiza en qué es en realidad, si un donación *inter vivos*, un contrato oneroso, o un negocio jurídico sometido a condición resolutoria.

En conclusión, VALLET DE GOYTISOLO rechazó por lo expuesto que el pacto de supervivencia pudiera ser considerado como una donación *mortis causa*.

#### **d) Donación inter vivos y pacto de supervivencia**

En cuanto a la posibilidad de que se tratara de una donación *inter vivos*, la construcción implicaría la existencia de dos donaciones superpuestas, cada una otorgada por uno de los cónyuges, vinculadas a la condición de supervivencia o premoriencia de donatario y donante, respectivamente, con entrega *post mortem*.

Ahora bien, la distinción entre los negocios dispositivos *mortis causa* y los *inter vivos* con entrega *post mortem* no es sencilla, pues el hecho de vertebrarse ambos en torno al fallecimiento hace que sus contornos diferenciadores se difuminen, complicando su identificación.

LACRUZ – RAMS, en este sentido, han expuesto muy claramente

cuál es la diferencia entre la donación *mortis causa* y los negocios jurídicos *inter vivos* con eficacia aplazada al fallecimiento, entre los que cuentan a la donación *inter vivos*:

“El artículo 620 parece referirse a aquellas liberalidades que no producen de inmediato *absolutamente ningún efecto*, es decir, que no vinculan, antes de la muerte del causante, habiendo de considerarse como donaciones *inter vivos* todas aquellas que, aún aplazando la transmisión de la propiedad a la muerte del donante, se declaran irrevocables y válidas de presente, pues tal validez representa un *efecto actual*”<sup>146</sup>.

Parece, pues, que la diferenciación entre unas y otras ha de buscarse en la eficacia del acto dispositivo, de modo que la donación *mortis causa*, revocable como hemos visto, únicamente producirá sus efectos al fallecimiento del donante, pudiendo hasta el último momento dejarse sin efecto; por el contrario, la donación *inter vivos* sometida a condición de premoriencia del causante, sí vincula de inmediato a ambas partes, quedando únicamente por verse si tal condición se cumple o no.

Al trasladar esta construcción al pacto de sobrevivencia, VALLET se mostró reticente, y no consideró adecuado considerar el pacto de sobrevivencia como una donación *inter vivos* con entrega *post mortem*, pues, pese a lo dicho, la cuestión de su revocabilidad le aparecía poco clara, lo que unido a otros motivos le llevó a rechazar su configuración como tal. En sus propias palabras:

“Lo que menos nos gusta de esta construcción de la doble donación (condicional *inter vivos* con entrega *post mortem*) no es su configuración dogmática, sino su aspecto práctico. En efecto, origina dudas sobre la posibilidad de su revocación, es decir, entre el *Senado Consulto de Caracalla* y la Constitución *A foragitar frauds*, en este caso concreto, por una parte. Y por otra parte, su indefensión ante la acción Pauliana y ante las reclamaciones de los legitimarios y de los protegidos

---

<sup>146</sup> LACRUZ BERDEJO, J.L., RAMS ALBESA, J., y otros, *op.cit.*, pag.159.

por la ley *Hac Edictali*, y por la posibilidad de revocación por las causas normalmente admitidas por el Derecho para las donaciones. Todo ello hace que esta tipificación no dé a la estipulación estudiada, la seguridad y firmeza que el Notario ha de procurar dar a todos los actos que configure. Por eso la rechazamos; porque no es práctica ni segura”<sup>147</sup>.

### **e) Conclusión**

VALLET consideraba de vital importancia, en relación con la posibilidad o no de revocar el pacto, desentrañar la auténtica intención de los compradores. Su planteamiento fue el siguiente: si estos no desean quedar sujetos de un modo firme por el pacto y sí conservar la libre disposición de sus bienes y, por tanto, la posibilidad de poder disponer de ellos libremente, ya sea mediante actos *inter vivos* o por disposiciones *mortis causa*, entonces debía acudirse a la donación, que al ser revocable permite una mayor libertad. En este caso, su opinión era que lo más adecuado sería configurarla como donación *mortis causa*.

Pero si, por el contrario, de lo que se trataba era de asegurar que ninguno de ellos fuera a disponer de su derecho de un modo independiente, sino que la mitad de cada uno quedara reservada para el que sobreviviera, salvo decisión conjunta, entonces sus pretensiones iban a encontrar mejor acomodo en el pacto de supervivencia, ya que este exige para su existencia la desaparición de esa eventual y voluntaria revocabilidad, lo que, a su juicio no ocurre con la donación en ninguna de sus modalidades (*inter vivos* y *mortis causa*).

---

<sup>147</sup> VALLET DE GOYTISOLO, “Teleología y...” *op. cit.* pag. 14.

### **2.1.3.2. Teoría de la SOCIEDAD**

#### **a) Sociedad Civil. Concepto y clases**

La sociedad como contrato civil queda regulada en los artículos 1665 y siguientes del Código Civil. El propio artículo 1665 establece qué debemos entender por sociedad:

*La sociedad es un contrato por el cual dos o más personas se obligan a poner en común dinero, bienes o industria, con ánimo de partir entre sí las ganancias.*

Este precepto es completado por el 1666, en cuanto a la delimitación del objeto de la sociedad, al sancionar que:

*La sociedad debe tener un objeto lícito y establecerse en interés común de los socios.*

Existe sociedad civil, en consecuencia, desde que dos o más personas deciden efectuar una aportación común con la finalidad de cumplir un objetivo común y lucrativo<sup>148</sup>.

VALLET DE GOYTISOLO planteó que el pacto de supervivencia pudiera dar lugar, como negocio jurídico independiente, a la constitución de una sociedad civil. La precisión del modelo social civil frente al mercantil parece más que justificada, toda vez que difícilmente puede considerarse el pacto de sobrevivencia entre esposos como una

---

<sup>148</sup> Otras definiciones las encontramos, por ejemplo, en CAPILLA RONCERO, F., “Artículos 1.665 a 1.708 del Código Civil” *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* dirigidos por ALBALADEJO GARCIA, M., Tomo XXI, Vol. 1º, Edersa, Madrid, 1986, pags. 3 y 4: “Contrato por virtud del cual varias personas colaboran patrimonialmente para conseguir un fin lucrativo, común y partible, mediante el desempeño de una actividad lícita”. También PERDICES HUETOS, A.B., “Título VIII. De la Sociedad”, *Comentarios al Código Civil*, dirigidos por BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R., Tomo VIII, Tirant lo Blanc, Valencia, 2013, pag. 11485: “Al contrato de sociedad civil se puede recurrir siempre que dos o más personas se pongan de acuerdo en perseguir un fin común no empresarial poniendo para ello una contribución común”

actividad mercantil<sup>149</sup>.

Ahora bien, una vez precisado que el modelo de sociedad al que acudir es el civil, dotado de características propias y distintivas<sup>150</sup>, debemos precisar a qué clase de sociedad civil se refería VALLET.

El Código Civil, en sus artículos 1671 a 1675 distingue entre sociedad universal y particular, pudiendo ser la primera *de todos los bienes presentes, o de todas las ganancias*, mientras que la segunda, a la luz del artículo 1678 del mismo cuerpo legal, *tiene únicamente por objeto cosas determinadas, su uso, o sus frutos, o una empresa señalada, o el ejercicio de una profesión o arte*.

Se ha afirmado por la doctrina, a raíz de tal distinción, que el criterio diferenciador entre ambas clases viene determinado por la mayor o menor amplitud de la aportación efectuada, según esta venga constituida por un conjunto universal de bienes o ganancias, o bien simplemente por una serie de contribuciones concretas<sup>151</sup>.

## **b) Sociedad Civil Universal**

**La sociedad universal**, según hemos adelantado, puede ser *de*

---

<sup>149</sup> No me detengo, en consecuencia, en analizar la compleja coexistencia de las sociedades civiles y mercantiles, derivada de problemática descoordinación existente entre el artículo 116 del Código de Comercio y el artículo 1670 del Código Civil, que ha dado pie a diversas interpretaciones, como las de CAPILLA RONCERO, F., *op. cit.*, pag. 57; ALBALADEJO GARCIA, M., *Derecho Civil II, Derecho de Obligaciones*, Edisofer, Madrid, 2011, pag. 764; LACRUZ BERDEJO, J.L., RIVERO HERNANDEZ, F., y otros, *op. cit.*, pag. 267; o la Dirección General de Registros y del Notariado, por ejemplo, en la reciente resolución de 20 de abril de 2010.

<sup>150</sup> LACRUZ BERDEJO, J.L., RIVERO HERNANDEZ, F., y otros, *op. cit.*, pags. 260 a 264. Señalan que, a partir del artículo 1665 del Código Civil, se pueden diferenciar las siguientes características como elementos propios de la sociedad civil:

- Constituyen un agregado de personas, programando una actividad futura.
- Estas personas deben estar unidas por una relación de confianza.
- Les debe inspirar un propósito de actividad duradera en beneficio común.
- Deben obrar con ánimo de lucro.
- Cada socio debe efectuar una aportación, que dará lugar a la formación de un fondo común y a la constitución de un patrimonio social, independiente de cada uno de los socios.

Finalmente, la sociedad civil se caracteriza por tener personalidad jurídica independiente, a tenor de lo establecido en el artículo 1669 del Código Civil.

<sup>151</sup> CAPILLA RONCERO, F., *op. cit.*, pags. 74 y 75: “es común opinión que la distinción entre sociedades universales y particulares adopta como criterio distintivo el de la mayor o menor amplitud del objeto de la aportación. Lo cual da como consecuencia que también se señale como criterio distintivo el de la amplitud o extensión del fondo social”.

*todos los bienes presentes, o de todas las ganancias*, según los artículos 1673 y 1675 del Código Civil, así como el reiterativo 1674.

En el primer caso, los socios deciden poner en común todos los bienes que les pertenecen, con la finalidad de partirlos entre todos, es decir, de que pasen a ser propiedad común de todos ellos, junto con las ganancias que generen.

En el segundo caso, el compromiso de los socios es aportar y hacer común todos los rendimientos que se deriven de su industria o trabajo mientras dure la sociedad.

Mientras que en la sociedad de *todos los bienes presentes* los socios han de hacer común todo lo que *tuvieran* en el momento de constituir la sociedad, en la de *todas las ganancias* se comprometen a aportar todo lo que *adquieran* a partir de la constitución de la sociedad por su industria o trabajo.

Tal modelo social, en cualquiera de sus dos modalidades, difícilmente se ajustaría a la situación derivada del pacto de supervivencia. Igual que antes afirmamos que dejábamos de lado la sociedad mercantil por no adecuarse al objeto de nuestro estudio, a los efectos del presente trabajo también nos parece evidente que no puede ser la sociedad civil universal un marco válido sobre el que desarrollar el pacto de sobrevivencia, pues, de acuerdo con lo ya estudiado, su objeto ha de quedar constituido siempre por un bien concreto, habitualmente inmueble, y no por la totalidad del patrimonio de cada uno de los cónyuges en general, o por las posibles ganancias que pudieran ser generadas independientemente por cada uno con su trabajo.

Es más, si atendemos al momento histórico en que VALLET estudió el pacto de sobrevivencia, así como a la justificación que al mismo se atribuía<sup>152</sup>, esto es, la de constituir un modo de atenuar las graves injusticias a que se veía sometida la mujer en aquel entonces

---

<sup>152</sup> Véase *supra*, Capítulo Primero, apartado 4; y en este mismo capítulo, apartado 2.1.1.

(quien por supuesto muy rara vez podía disponer de los rendimientos de su trabajo, cuando los tenía), no puede caber la menor duda de que cualquiera de los dos tipos de sociedad universal eran, y son, propuestas inviables para resolver la cuestión que nos ocupa.

En definitiva, únicamente debemos reconocer la sociedad civil particular como posible forma jurídica donde “encarnar” el pacto de sobrevivencia.

### **c) Sociedad Civil Particular**

Ya hemos adelantado que a la sociedad particular se refiere el Código Civil en su artículo 1678, el cual establece que este tipo de sociedad se caracteriza porque *tiene únicamente por objeto cosas determinadas, su uso, o sus frutos, o una empresa señalada, o el ejercicio de una profesión o arte.*

Tal enumeración, lejos de ser un *númerus clausus* sobre el objeto social posible para dar lugar a tales sociedades, sí determina las características fundamentales que van a definirlas, y que son, por un lado, la aportación limitada y concreta que han de efectuar los socios, y por otro, a raíz de esta primera, la finalidad exacta que debe perseguirse como consecuencia de tal aportación.

A esta modalidad de sociedad se le deben aplicar, por supuesto, las disposiciones que con carácter general enumera el Código Civil en sus artículos 1665 a 1670<sup>153</sup>, lo que implica la inclusión del

---

<sup>153</sup> En consecuencia:

- Ha de quedar constituida por dos o más personas.
- Dichas personas, aportando en común cualquier cosa, o el uso de las mismas, o una empresa, o su trabajo, deben perseguir una finalidad lucrativa.
- Su objeto tiene que ser lícito, y quedar constituido en interés de los propios socios.
- La forma de su constitución es libre, pudiendo optarse por un acuerdo privado o bien por el otorgamiento de escritura pública, salvo que se aporten bienes inmuebles, ya que en este caso será necesaria la constitución ante notario, además del correspondiente inventario de dichos bienes.
- No adquirirá personalidad jurídica si su constitución se mantiene en secreto y cada socio actúa en su propio nombre, rigiéndose en tal caso por las normas de la comunidad de bienes.



problemático inciso final del artículo 1669; esto es, la consideración de la sociedad civil secreta como comunidad de bienes, al menos de cara a terceros. Tal disposición nos adentra en una de las cuestiones más dificultosas que plantea la sociedad civil particular, y es su diferenciación, en algunos casos, con la comunidad de bienes, cuestión esta ciertamente relevante en relación con la institución que nos ocupa.

A simple vista, las diferencias entre una y otra son obvias: mientras la comunidad de bienes no tiene personalidad jurídica y no busca desde su origen un fin lucrativo, la sociedad civil sí goza de dicha personalidad jurídica (salvo en el caso ya reseñado) y nace precisamente con la finalidad de obtener un lucro concreto a favor de los socios constituyentes, siendo esta persecución del lucro causa misma del contrato.

Ahora bien, tan rotunda distinción, en la práctica, no siempre es tan clara, y esto es así, en gran parte, porque el artículo 1678 permite la aportación del uso de un bien como objeto de la sociedad. Es posible, pues, la constitución de una sociedad a la que cada socio aporte un determinado bien para su uso común; no obstante, para que tal aportación dé lugar a una sociedad, debe hacerse con ánimo de lucro, concepto según hemos visto problemático, y que no siempre es fácilmente distinguible<sup>154</sup>.

---

<sup>154</sup> CAPILLA RONCERO, F., *op. cit.*, pags. 132 a 142. Revela hasta cuatro criterios distintivos, históricamente planteados, para poder diferenciar unas de otras.

1º. El primer criterio acude al momento del *origen*. La sociedad civil tiene un origen contractual frente al origen incidental o relativamente fortuito de la comunidad de bienes. Hay que argumentar en su contra que el Código Civil no exige una forma expresa para la constitución de la sociedad.

2º. A partir de la *effectio societatis*, es decir, de la voluntad de constituir y mantenerse en la sociedad con intención duradera en beneficio común, según hemos visto, cuya validez como criterio distintivo, realmente, es tanta como valor le dé cada cual a la misma como elemento constitutivo de la sociedad..

3º. La distinción de la *personalidad jurídica* de la sociedad civil, frente a la comunidad de bienes. Tampoco puede servir como criterio plenamente válido. El apoyo de este criterio parte del artículo 1669 del Código Civil, en virtud del cual a las denominadas sociedades civiles secretas se les aplicarán las normas de la comunidad de bienes, y no tendrán personalidad jurídica. La objeción principal que puede hacerse es que, entre socios, se aplicarán en todo caso las normas del contrato de sociedad, por lo que, independientemente de la personalidad jurídica, unas se regirán por las normas de la sociedad civil, y otras por las de la comunidad de bienes.

4º. El criterio pues más fiable, pues, parece ser el de la *consecución de un fin común*, de carácter lucrativo mediante la acción directa y activa de los socios, que

Situando lo dicho en el contexto que nos ocupa, esto es, el planteamiento de VALLET DE GOYTISOLO de que el pacto de sobrevivencia (recordemos que sometido al hipotético marco de una dualidad de negocios jurídicos, junto con la compraventa que lo precede) puede dar lugar a una sociedad civil, tácitamente constituida, y válida a raíz de lo establecido en el artículo 1667, entiendo que el punto de partida no pudo ser otro que considerar a cada uno de los cónyuges como socios constituyentes, cuya aportación concreta a la sociedad debía ser una mitad indivisa de la finca objeto de la anterior compra. Veamos.

#### **d) Sociedad Civil y pacto de sobrevivencia**

Tras efectuar, imaginamos, el planteamiento previo que hemos expuesto, VALLET DE GOYTISOLO no consideró posible que el pacto de sobrevivencia pudiera dar lugar a un contrato de sociedad civil, y ello por las siguientes razones:

En primer lugar, alegó que la compra efectuada daría lugar a un condominio entre los adquirentes, nunca a una sociedad, y ello tanto si se tomaba como criterio distintivo entre ambas instituciones jurídicas el de la personalidad jurídica, cuanto el del origen, el de la actividad, o el de la finalidad<sup>155</sup>.

En segundo lugar, tampoco le pareció factible que tras la formación del condómino los compradores aportaran sus respectivas mitades indivisas para la formación de una sociedad, pues de acuerdo con el artículo 1665 del Código Civil es “esencial para la existencia de una sociedad, el ánimo de partir las ganancias”<sup>156</sup>, que, según hemos visto, deben derivarse de la labor colectiva y el uso del medio o medios aportados al fondo común, lo que en ningún caso se produce en el

---

existe en la sociedad civil, frente a la situación de *mera comunidad de goce* de la comunidad de bienes. Tal es el criterio mantenido por numerosa jurisprudencia.

<sup>155</sup> VALLET DE GOYTISOLO, J., “La compraventa por...”, *op. cit.*, pag. 713. A fin de justificar los distintos criterios distintivos, cita a FERRARA, TROPLONG, BONELLI, ULPiano, POTHIER, PONT y CARNELUTTI, así como la sentencia del 15 de octubre de 1940 del Tribunal Supremo.

<sup>156</sup> *Ibidem*.

pacto de sobrevivencia.

Pese al escaso desarrollo que VALLET aplicó a sus dos argumentos, pues le parecía que con lo dicho era más que suficiente, no podemos sino adherirnos.

Parece claro que, en ningún caso, el fin perseguido por los adquirentes sería poner un determinado bien en común para, en un futuro, repartir entre ambos las ganancias generadas por el mismo, pues el centro mismo de la razón de existir de dicho pacto lo constituía la intención de que sólo uno de ellos fuera a recibir la totalidad de la finca, esto es, lo aportado por el otro. De este modo, ni se perseguía por ambos la generación y reparto de beneficios a partir de lo aportado entre los dos; ni era posible, dada la necesaria premoriencia de uno de ellos, entender que se pudiese generar una ganancia común.

Por otro lado, resulta obvio que el pacto de sobrevivencia no da lugar a una persona jurídica nueva, diferente de los cónyuges. Podemos señalar, entre otras cosas, la necesidad que habría en este caso de liquidarla y proceder a su partición de acuerdo con las reglas de las herencias, según el artículo 1708 del Código Civil, cosa que en absoluto se produce.

Ahora bien, y tras este último inciso, se puede aventurar que, aunque en modo alguno defendamos que el pacto de sobrevivencia origine una sociedad civil, no se nos escapa la “comodidad” de que así pudiera ser, sobre todo de cara a los posibles problemas hereditarios que pueden originarse a raíz del pacto. En este sentido, si tomáramos como punto de partida el típico supuesto de la adquisición de la que será vivienda habitual del matrimonio con pacto de sobrevivencia, el hecho de que la misma pasase a integrar el patrimonio de una sociedad civil, y no a formar parte del de cada uno de los cónyuges, daría lugar a que, al constituir la muerte de cualquiera de los socios causa de extinción de la sociedad, según el artículo 1700. 3º del Código Civil, y teniendo que procederse a su liquidación de acuerdo con las reglas establecidas en el artículo 1051 y siguientes del Código Civil para la partición de las herencias (de acuerdo con el artículo 1708 del mismo

Código), el fallecimiento de uno de los cónyuges daría lugar a la extinción y liquidación de la sociedad, resultando que el único "socio-heredero" (permítasenos llamarlo así, pese a la evidente inexactitud del término) posible de esta sería el otro cónyuge, que recibiría la totalidad de la finca por adjudicación al disolverse la entidad.

Así, la muerte de uno de los esposos sería causa de la disolución y liquidación de la sociedad, pero no de la adquisición del bien completo por el otro cónyuge, pues dicha adquisición sería precisamente consecuencia del fin de la sociedad, independientemente de la causa originadora del mismo.

Por sugerente que pueda parecernos esta opción, no obstante, debe volverse a repetir que entiendo que en ningún caso es adecuada, pues me parece que ni la voluntad de los cónyuges fue nunca constituir una sociedad, ni existe *affectio societatis*, ni existe ejercicio conjunto de una actividad económica lucrativa, ni, puntualizando esto último, existe propiamente ánimo de lucro.

#### **e) La denominada “sociedad tontinaria”**

Como es bien conocido, la denominada tontina tiene su origen el siglo XVII, obra del banquero napolitano LORENZO DE TONTI, quien la configuró como un instrumento de financiación al servicio del Estado francés, mediante el cual varias personas contribuían a la formación de un fondo común, adquiriendo por ello el derecho a recibir una renta vitalicia que el propio Estado garantizaba, aunque sometida a término y pagadera sólo a aquellos que hubieran sobrevivido a dicho plazo. Esta particularidad implicaba que, caso de fallecer uno de los aportantes, su parte acrecía al resto, incrementando la renta que cada uno tendría derecho a percibir. Muerto el último de los partícipes, se extinguía el deber del Estado.

Esta práctica fue desarrollada a lo largo de los siglos XVII y XVIII, al tiempo que se extendió a otros países, como Holanda, Inglaterra y Prusia, hasta que la Revolución Francesa puso punto y final a la vida de

la tontina como instrumento de financiación del Estado, evolucionando entonces a otras formas de contrato privado, cuyo objeto sería “la puesta en común de un fondo, destinado a ser distribuido entre los partícipes sobrevivientes o atribuido al último de ellos”<sup>157</sup>.

En consecuencia, la tontina ha dado lugar a diversas modalidades o variaciones, entre las que podemos citar a la denominada “combinación tontina sobre la vida para auxilios a la vejez” (regulada en el artículo 124 de nuestro Código de Comercio), la “cláusula de continuación” que puede pactarse en el contrato de sociedad<sup>158</sup>, las diversas modalidades de tontinas empleadas en África<sup>159</sup>, o el pacto de tontina incorporado a una compraventa, que es la que, a efectos del presente trabajo, realmente nos interesa.

Volviendo a Francia, la práctica de incorporar a un contrato de compraventa el denominado pacto de tontina ha sido relativamente habitual en la actualidad, gracias en parte a un trato fiscal favorable, y en parte a la buena prensa de que ha gozado esta institución<sup>160</sup>. Ahora bien, su concepto, como hemos dicho, ha variado ostensiblemente desde el siglo XVII, y, hoy en día, por tontina, o *tontine*, *pacte de tontine*, *clause tontinière* o *clause d'accroissement*<sup>161</sup>, como se la domina en el país vecino, se entiende el pacto o acuerdo, desarrollado por la práctica notarial, que al quedar incorporado a una compraventa por voluntad de

---

<sup>157</sup> NUÑEZ IGLESIAS, A., *op. cit.*, pag. 5433.

<sup>158</sup> *Ibid.*, pag. 5434, quien en referencia al segundo supuesto citado especifica que mediante la misma “se prevé la continuación de la sociedad tras la muerte de un socio con los sobrevivientes sin liquidar a los causahabientes del socio difunto su parte en el fondo social (cláusula tontina), la cual acrece a las de los demás socios”.

<sup>159</sup> SOW, P., y KOKOUVI, T., *Cajas de Ahorro Populares Africanas en Cataluña: Tipos y formas de prácticas financieras sumergidas de los inmigrantes*, disponible en internet: [http://www.papasowonline.info/altaveu/INFORME%20FINAL%20%20TONTINAS%20PAPASOW%20Y%20K%20TETE%20CASTELLA%20COMPLET\\_.pdf?iframe=true&width=80%&height=80%](http://www.papasowonline.info/altaveu/INFORME%20FINAL%20%20TONTINAS%20PAPASOW%20Y%20K%20TETE%20CASTELLA%20COMPLET_.pdf?iframe=true&width=80%&height=80%): “La palabra “tontina”, en el contexto africano, designa a un grupo de personas (hombres o mujeres) unidos por vínculos de familia, amistad, vecindad o de tipo socioprofesional, que invierten en un fondo común sobre la base de la confianza mutua y a intervalos regulares (diarios, semanales, mensuales), montos fijos de dinero para constituir una caja de efectivo colectiva entregado a su vez a cada miembro. Se trata así de un medio para ahorrar juntos y al mismo tiempo beneficiarse individualmente de una parte de esos ahorros”.

<sup>160</sup> NUÑEZ IGLESIAS, A., *op. cit.*, pag. 5434.

<sup>161</sup> *Ibid.*, pag. 5433.

los cónyuges o convivientes, permite “al concubino sobreviviente conservar la vivienda objeto de la adquisición, pues el bien sometido a tontina es transferido al beneficiario de la cláusula sin que tenga que transitar por la masa hereditaria del premuerto”<sup>162</sup>.

Tal definición, como vemos, presenta importantísimas variaciones respecto de la tontina original. Su práctica en Francia, con las características recién indicadas, puede rastrearse al menos hasta mediados del siglo XIX, ya que diversas resoluciones de la *Cour de Cassation* revelan su uso.

Sin que sea ahora el momento oportuno para extendernos sobre el tema, ya que más adelante prestaremos la atención debida al modo de integrar el pacto de tontina en la legalidad francesa, a fin de analizar si en nuestro Derecho Civil Común podrían también aplicarse tales mecanismos y dar pie a una figura semejante, baste decir que, a fin de evitar la prohibición de los pactos sucesorios y las donaciones *mortis causa*, la práctica francesa ha optado por configurar la tontina bajo un doble juego de condiciones, suspensivas o/y resolutorias, incluidas en el contrato de compraventa, mediante las cuales se evita el paso del bien objeto de la misma al caudal relicto, vinculando así la adquisición del premuerto a favor del sobreviviente al momento mismo de la venta, de forma retroactiva, siendo para ello necesario que el vendedor consienta en incluir la cláusula en el contrato, de modo que forme parte del mismo, aunque realmente en nada le afecte. Con ello se consigue que el sobreviviente adquiera la parte del difunto no por la vía sucesoria, sino en virtud de la cláusula de sobrevivencia incluida en el contrato de compraventa, de modo que pueda esgrimirse un derecho anterior a la apertura de la sucesión.

La validez de tal pacto dependerá entonces, principalmente, de la habilidad de su redactor, que debe aclarar debidamente el alcance del mismo, según reconoce la mayoría de la doctrina y de modo general la jurisprudencia de la *Cour de Cassation*, tal y como apunta NUÑEZ

---

<sup>162</sup> *Ibidem*.

Ahora bien, tras todo lo dicho, esta última modalidad de tontina, específicamente ajustada a la situación de los cónyuges o convivientes, no parece que fuera la que VALLET DE GOYTISOLO tenía en mente cuando redactó sus trabajos sobre el pacto de sobrevivencia. En efecto, VALLET pensó que no podía configurarse tal pacto como una sociedad tontinaria: en primer lugar, porque entendía que las tontinas no son sociedades; y en segundo lugar, porque, a su modo de ver, dicha asociación tiene como objeto que los participantes aporten un capital pactando que en un futuro lo repartirán junto con los intereses que dicho capital haya generado, de modo que la esperanza particular de cada uno de los asociados consista en recibir la parte proporcional que le corresponda, algo que nunca podría ocurrir en un pacto que toma como presupuesto básico de su efectividad el fallecimiento de uno de los copartícipes para que el otro se quede con el todo<sup>164</sup>.

Esta crítica, pensamos, hay que enmarcarla adecuadamente. VALLET niega la posibilidad de que la tontina sea un modelo o base suficiente para “envolver” al pacto de sobrevivencia desde su consideración como modalidad no ya de sociedad civil, sino de asociación, tal y como hemos indicado. Desde este punto de vista, no cabe duda de que VALLET identifica la tontina con el modelo directamente desarrollado a partir de la Revolución Francesa, o una de sus variaciones posteriores más ajustadas al mismo, en que, según hemos visto, se forma un fondo común con la finalidad de ser distribuido entre los partícipes, o partícipe, sobrevivientes, a lo que, dicho sea de paso, no tenemos nada que objetar.

Ahora bien, si pensamos en la modalidad de tontina desarrollada en Francia desde al menos la mitad del siglo XIX, la rotunda afirmación de VALLET podría parecer desafortunada. Sin embargo, debemos de pensar que ni en el momento en que escribió su trabajo, ni realmente

---

<sup>163</sup> NUÑEZ IGLESIAS, A., *op. cit.*, pag. 5436 y 5437.

<sup>164</sup> VALLET DE GOYTISOLO, J., “La compraventa por mitades...”, *op. cit.*, pag. 713 y 714.

en la actualidad (salvando la regulación que existe en Cataluña sobre las adquisiciones onerosas con pacto de sobrevivencia, sobre la que ahora mismo no queremos adelantar nada), no hay nada en nuestro derecho civil parecido a la tontina francesa, ni siquiera como práctica habitual consolidada. Y es que en ningún caso niega VALLET que el pacto de sobrevivencia no se asemeje o constituya un caso parecido a la tontina que en Francia podía y puede pactarse entre cónyuges: él simplemente niega que la *sociedad tontinaria* sí lo sea. Cómo mucho, podemos achacarle a VALLET desconocimiento de la tontina francesa pactada entre cónyuges, o, quizá, hábil descuido o intencionada omisión.

De cualquier manera, como decíamos, y ya para terminar, de poco puede servir encuadrar una polémica práctica española en un modelo asentado francés, salvo como nota de curiosidad a efectos de completar un estudio de derecho comparado, pues tal institución siempre debería ajustarse a nuestro derecho, y las dificultades que se le opondrían son, de hecho, las mismas que, según NUÑEZ IGLESIAS, se han planteado en Francia: prohibición de los pactos sucesorios y las donaciones *mortis causa*, así como la revocabilidad y reducciones a que se podría ver sometida como donación *inter vivos*<sup>165</sup>.

Finalmente, y como cierre de este apartado sobre la opción de la sociedad civil, merece la pena destacar que VALLET DE GOYTISLO argumentó que, tanto para el caso de la tontina como para el de la sociedad, desde un punto de vista meramente práctico, la opción era poco atractiva, pues implicaría una triple liquidación: por venta, por sociedad y por donación<sup>166</sup>.

---

<sup>165</sup> NUÑEZ IGLESIAS, A., *op. cit.*, pag. 5433.

<sup>166</sup> VALLET DE GOYTISOLO, J., “Teleología y dogmática...”, *op. cit.*, pag. 14



### 2.1.3.3. Teoría del CONTRATO ONEROSO y ALEATORIO

#### a) Concepto de contrato oneroso

Los contratos onerosos son aquellos en que existe un intercambio de prestaciones entre las partes, de modo que cada una recibe algo de la otra, a modo de contraprestación por lo que a su vez ha efectuado<sup>167</sup>.

Podemos en consecuencia deducir fácilmente que, al requerirse un intercambio recíproco de prestaciones entre las partes para que exista un contrato oneroso, la mayoría de los mismos serán bilaterales o sinalagmáticos<sup>168</sup>.

De modo semejante, a raíz del artículo 1274 del Código Civil, que establece que *en los contratos onerosos se entiende por causa, para cada parte contratante, la prestación o promesa de una cosa o servicio por la otra parte*, dado que existe un intercambio de prestaciones, esto supone que cada una de las partes asume una prestación u obligación a cambio de la prestación u obligación que, a su vez, asume la otra. Tal situación conlleva que ninguna de dichas partes vea su patrimonio alterado: en un sentido y en otro se experimenta un aumento y disminución patrimonial correlativo<sup>169</sup>.

---

<sup>167</sup> CASTAN TOBEÑAS, J., *Derecho Civil Español, Común y Foral, Derecho de Obligaciones*, Tomo III, Reus, S.A., Madrid, 1967, pag. 385. Señala que la distinción entre contratos onerosos o gratuitos atiende a la finalidad o título del contrato, y que en los onerosos “cada una de las partes aspira a procurarse una ventaja, mediante un equivalente o compensación”.

<sup>168</sup> ALBALADEJO GARCIA, M., *Derecho Civil II, Derecho de Obligaciones*, *op. cit.*, pag. 424, aclara que, cuando hablamos de contratos unilaterales o bilaterales, no se hace referencia al número de partes que lo integran, dado que el contrato es un negocio jurídico bilateral necesariamente, sino a que genere obligaciones bien a cargo de una sola de las partes, bien de ambas. De esta forma, el contrato es bilateral cuanto “produce obligaciones recíprocas o bilaterales”.

Semejante definición encontramos en el propio CASTAN TOBEÑAS, J., *Derecho Civil Español, Común y Foral, Derecho de Obligaciones*, Tomo III, *op. cit.*, pag. 385, quien atendiendo a la naturaleza de los vínculos generados por el contrato, los clasifica en unilaterales y bilaterales o sinalagmáticos, siendo los primeros los que generan una o varias obligaciones, pero sólo para una de las partes, y los segundos los que dan lugar a obligaciones recíprocas entre los contratantes.

Indica además ALBALADEJO GARCIA, M., *op. cit.* en esta misma nota, pag. 424, que, mientras que todos los contratos bilaterales son onerosos, no siempre todos los onerosos son bilaterales, aunque si en la mayoría de los casos. Como caso ejemplar de contrato oneroso y unilateral, cita, al igual que CASTAN TOBEÑAS, J., *op. cit.* igualmente en esta misma nota, pag. 386, el préstamo con interés.

<sup>169</sup> LACRUZ BERDEJO, J. L., RIVERO HERNANDEZ, F., y otros: *Elementos de Derecho*

Esta noción de intercambio de prestaciones es lo más característico de los contratos onerosos, y lo que constituye su principal diferencia respecto de los contratos gratuitos, ya que en estos únicamente una de las partes efectúa una prestación unilateral a favor de la otra, que no la corresponde<sup>170</sup>.

## **b) Concepto de contrato aleatorio**

Tradicionalmente, los contratos onerosos (y bilaterales) se han clasificado en conmutativos y aleatorios, según los contratantes asuman o no el riesgo de padecer una pérdida u obtener una ganancia<sup>171</sup>. ALBALADEJO precisa que “el riesgo de perder o ganar se asume mediante el establecimiento, al menos, de una prestación no determinada concretamente (...), o mediante el establecimiento, al menos, de una prestación que se realizará o no eventualmente”<sup>172</sup>. Desde este punto de vista, conmutativos son aquellos contratos cuyo objeto está constituido por cosas o servicios concretos, cuyo valor, en principio, las partes conocen y aceptan; mientras que se denominan aleatorios aquellos en que la prestación de al menos una de las partes queda sometida al azar<sup>173</sup>.

De este modo, se caracterizan los contratos aleatorios porque en los mismos aparece siempre un riesgo o *alea* (suerte), esto es, un acontecimiento incierto, del que se hace depender que una de las partes

---

*Civil, Derecho de Obligaciones*, Tomo II, Volumen Primero, Dykinson, Madrid, 2011, pag. 478.

<sup>170</sup> *Ibid.*, pag. 480.

<sup>171</sup> CASTAN TOBEÑAS, J., *Derecho Civil Español, Común y Foral*, Tomo IV, *op. cit.*, pag. 646, respecto de esta definición, apunta que no resulta bien delimitada, “pues el *alea* puede encontrarse en un gran número de contratos, por ejemplo, en la compraventa o la sociedad”. Sin embargo, me parece que esta puntualización es exagerada, por cuanto el *alea* o riesgo, efectivamente, existe en gran número de contratos, pero de la misma forma que existe en gran número de acontecimientos vitales. Pocas cosas se nos ocurren que estén a salvo de verse sometidas a algún tipo de riesgo. Sin embargo, al hablar de contratos aleatorios, ese riesgo pasa de ser algo genérico e indeterminado a ser un elemento esencial y definidor del contrato, lo que, por ejemplo, no ocurre en una compraventa común.

<sup>172</sup> ALBALADEJO GARCIA, M., *Derecho Civil II*, *op. cit.*, pag. 431.

<sup>173</sup> En este sentido, LACRUZ-RIVERO, haciéndose eco de la Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de noviembre de 1911 (LACRUZ BERDEJO, J.L. y RIVERO HERNANDEZ, F., *Derecho de Obligaciones, Vol. Segundo, op. cit.*, pag. 298).

gane y la otra pierda algo; esto es, que cada una se beneficie o perjudique a partir de la realización o verificación (o bien de la no realización o verificación), de ese acontecimiento incierto.

El Código Civil regula los contratos aleatorios, o de suerte, en el Título XII del Libro IV, artículos 1790 a 1808. Curiosamente, un único artículo, el 1790, integra el Capítulo I, bajo el título *Disposición General*, que es, de hecho, al decir de la mayoría de la doctrina, una suerte de “desafortunada y confusa”<sup>174</sup> definición de estos contratos:

*Por el contrato aleatorio, una de las partes, o ambas recíprocamente, se obligan a dar o hacer alguna cosa en equivalencia de lo que la otra parte ha de dar o hacer para el caso de un acontecimiento incierto, o que ha de ocurrir en tiempo indeterminado.*

El Código Civil, en consecuencia, parece reconocer dos modalidades de contrato aleatorio, según las prestaciones comprometidas por los contratantes queden sujetas bien a un *acontecimiento incierto*, esto es, cuya efectividad pueda ser puesta en duda en el momento de celebrarse el contrato, de forma que no exista la certeza de que vaya, o no vaya, a producirse; o bien a un acontecimiento que deba *ocurrir en un tiempo indeterminado*, de modo que la incertidumbre se mantenga únicamente en el ámbito temporal.

Una de las críticas que históricamente se ha hecho, y todavía se hace, al concepto acuñado por el Código Civil, es que confunde los contratos aleatorios con los contratos sometidos a condición. CASTAN TOBEÑAS, tomando posición, criticó que “la definición de nuestro Código no resalta con la debida claridad la diferencia que existe entre la incertidumbre característica de los contratos aleatorios y la que es propia de cualquier condición suspensiva, que, a nuestro juicio, estriba en que el contrato simplemente condicional depende del acontecimiento

---

<sup>174</sup> MORENO MARTINEZ, J.A., “Comentarios al Título XII. De los contratos aleatorios o de suerte”, *Comentarios al Código Civil*, dirigidos por BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R., Tomo IX, Tirant lo Blanc, Valencia, 2013, pag. 12253.

incierto que llegue o no el contrato a producir efecto, mientras que en el contrato aleatorio la función de la condición estriba en decidir, no si ha de producir efecto el contrato, sino únicamente cuál ha de ser este efecto. La incertidumbre del contrato aleatorio afecta, no a la subsistencia del contrato, sino a la cuantía o existencia de la prestación de cada una de las partes, y, en definitiva, a la pérdida o ganancia que han de obtener estas del contrato”<sup>175</sup>.

La denunciada falta de precisión del Código Civil, junto con las carencias jurisprudenciales, han provocado que sea la doctrina la que desarrolle y delimite el concepto de contrato aleatorio<sup>176</sup>.

Tradicionalmente, una parte de la doctrina ha entendido que el rasgo distintivo de los contratos aleatorios estriba en la imposibilidad de determinar, al tiempo de su celebración, las ventajas o desventajas que generará para las partes. Otros han buscado el elemento definidor en el riesgo, matizando la distinción que singulariza el riesgo habitual de todo tipo de contratos del propio de los aleatorios. En tal sentido, el riesgo se constituye en un elemento esencial del contrato, y forma parte intrínseca del mismo<sup>177</sup>.

Incertidumbre inicial en cuanto al resultado, riesgo, y voluntariedad de los interesados en asumir dicho riesgo, constituyen los elementos esenciales sobre los que se sustenta el contrato aleatorio<sup>178</sup>.

Por el contrario, cuando en un contrato aparece una condición, sea esta suspensiva o resolutoria, la misma no se constituye en parte esencial del contrato, sino que hace depender de su contenido la eficacia del mismo. La condición constituye pues un elemento accidental del contrato, frente al riesgo típico del contrato aleatorio, que

---

<sup>175</sup> CASTAN TOBEÑAS, J., *Derecho Civil Español, Común y Foral, Tomo IV, op. cit.*, pag. 647. Para respaldar CASTAN lo citado, a continuación, y como nota a pie de página, hace referencia a LECLERCQ, citado a su vez por TROPLONG, quien afirmó que “la diferencia que existe entre el contrato aleatorio y el contrato condicional ordinario consiste en que en el último no hay pérdida ni ganancia si la condición deja de cumplirse; mientras que en el contrato aleatorio, una de las partes gana o pierde siempre, porque es siempre cierto que el acontecimiento sucederá o no sucederá”.

<sup>176</sup> MORENO MARTINEZ, J.A., *op. cit.*, pag. 12251.

<sup>177</sup> *Ibid.*, pags. 12151 y 12252.

<sup>178</sup> GUILARTE ZAPATERO, V., *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, dirigidos por ALBALADEJO GARCIA, M., Tomo XXII, Volumen 1º, Artículos 1.740 a 1.808 del Código Civil, Edersa, Madrid, 1982, pag. 322.

se erige en fundamento mismo de dicho negocio, del que forma parte esencial.

En definitiva: la condición incluida en un contrato hace que la eficacia de este dependa del cumplimiento o no de aquella, de modo que, si no se cumple, nada ocurre, quedando el contrato sin efecto y ambas partes como antes de otorgarlo; mientras que el contrato aleatorio existe y produce efectos siempre, dependiendo únicamente del *alea* o riesgo asumido la forma en que estos efectos vayan a producirse, esto es, quien va a resultar beneficiado y quien perjudicado<sup>179</sup>.

### **c) Estudio crítico del pacto de sobrevivencia como contrato oneroso y aleatorio por VALLET DE GOYTISOLO**

En su citado primer trabajo sobre la compraventa con pacto de sobrevivencia<sup>180</sup>, VALLET DE GOYTISOLO apenas profundizó en la posibilidad de que dicho pacto pudiera constituir un contrato oneroso y aleatorio, pues, adelantando su opinión de que dicha institución constituía un contrato inescindible junto con la venta, juzgó inútil entrar a fondo en su estudio, por lo que no se detuvo a considerar las opciones de su viabilidad.

A pesar de ello, sí citó la resolución de 19 de mayo de 1917 de la Dirección General de Registros y del Notariado como posible punto de partida para estudiar la alternativa del contrato oneroso y aleatorio, pues la misma, pese a no entrar en profundidad sobre la naturaleza jurídica del pacto de sobrevivencia, sí cita la aleatoriedad implícita al pacto, que determina su irrevocabilidad, lo que llevó a VALLET a admitir que, de ser oneroso el pacto, sería indudablemente aleatorio, “pues la realización de la prestación de cada parte depende del hecho

---

<sup>179</sup> LACRUZ BEDEJO, J.L. y RIVERO HERNANDEZ, F., *Derecho de Obligaciones*, Vol. Segundo, *op. cit.*, pag. 298: “en el contrato aleatorio la incertidumbre no se refiere a si el contrato existe o no, se resuelve o no; sino, dentro de un contrato válido y ya existente, a la realización de las prestaciones de una de las partes o ambas, o al contenido de éste; en tanto que la condición hace incierta la existencia misma del contrato (Sentencia de 20 de noviembre de 1915)”.

<sup>180</sup> VALLET DE GOYTISOLO, J., “La compraventa por mitades...”, *op. cit.*, pags. 714 y 715.

futuro e incierto del riesgo, de la sobrevivencia”<sup>181</sup>, apuntando además a su parentesco con los pactos tontinarios (que no sociedad tontinaria).

Más adelante, sin embargo, y debido en gran parte al breve pero determinante estudio de VIRGILI SORRIBES<sup>182</sup>, crítico con la visión unitaria de VALLET y favorable a considerar la compraventa con pacto de sobrevivencia como una dualidad de contratos, en la que identificaba al segundo como un contrato oneroso y aleatorio, profundizó VALLET en su estudio desde tal perspectiva, entendiendo que podría manifestarse bajo tres formas diferentes:

a) *Los compradores celebran un contrato oneroso y aleatorio tras la venta.*

Sobre esta primera solución, precisamente la defendida por VIRGILI SORRIBES, VALLET afirmó que debía ser rechazada de plano, pues “se trataría de un contrato sin más efectos que los obligatorios; que no tendría trascendencia real y que por lo tanto no tendría entrada en el Registro de la Propiedad. Y que, en caso de ser inscrito, su inscripción, como mención de derecho de carácter simplemente personal, no tendría eficacia alguna”<sup>183</sup>, respaldando su argumentación en el artículo 18 del antiguo Reglamento Hipotecario. Además, puntualizó que se daría la molesta consecuencia de quedar en manos de los herederos el transmitir al sobreviviente la mitad indivisa del premuerto, lo que le parecía inaceptable.

Tras opinar de este modo, se permitió VALLET enmendarle la plana a VIRGILI, de modo un tanto condescendiente, al afirmar que realmente no creía posible que su compañero pudiera realmente pensar en esta alternativa (a la postre, la defendida por buena parte de la doctrina posterior), sino que más bien habría que cuadrar su argumentación en la segunda posibilidad planteada por el propio VALLET en los siguiente términos:

---

<sup>181</sup> *Ibid.*, pag. 714.

<sup>182</sup> VIRGILI SORRIBES, F., *op. cit.*

<sup>183</sup> VALLET DE GOYTISOLO, “Teleología y...” *op. cit.*, pag. 15.

b) *Los compradores, después de adquirir por mitad, celebran un negocio jurídico y bilateral, en virtud del cual cada uno otorga al otro, con carácter recíproco, el dominio de su mitad (o la nuda propiedad), sometido a la condición suspensiva de sobrevivencia.*

Critica en este caso VALLET que, desde un punto de vista dogmático, no descubre ni el carácter aleatorio, pues no hay incertidumbre “ni en cuanto al vínculo, ni en cuanto a la prestación, ni en el momento de la consumación del negocio jurídico real”<sup>184</sup>, ni tampoco el oneroso, pues ninguna parte gana ni pierde como efecto del negocio. El “aleas” aparece aquí, a su juicio, como un elemento ajeno al contrato que nace de la propia naturaleza del derecho transmitido.

“Para que haya contrato aleatorio – escribe – hace falta una doble obligación sometida a condición contradictoria (o por lo menos una entrega real y una obligación con la prestación indeterminada en cuanto a la cuantía, que dependerá de un aleas), y aquí sólo habría un trueque puro e incondicionado de dos derechos de naturaleza condicional”<sup>185</sup>, es decir, una permuta de derechos condicionales.

Estas conclusiones llaman la atención, sobre todo, si atendemos al anterior trabajo de VALLET, escrito tan sólo dos años antes, en el que, recordamos, concluyó que, de ser oneroso, el contrato sería indudablemente aleatorio<sup>186</sup>. Y es que su argumentación se enfanga en una serie de argumentos difíciles de entender, al justificar el *alea* del contrato como “posterior a la consumación del negocio y a la realización de las prestaciones. Es un elemento extrínseco y posterior cronológicamente, que no nace del contrato, sino de la naturaleza (contradictoriamente condicional) de los derechos transmitidos”<sup>187</sup>. Llegando más allá, afirmó incluso que no estamos ante ningún negocio jurídico ni contrato, sino, simplemente, ante una permuta de derechos condicionales, con lo que nos asaltan terribles dudas acerca de si la permuta no es en sí misma ya un contrato... Y más aún: ¿acaso en este

---

<sup>184</sup> *Ibid.*, pag. 16.

<sup>185</sup> VALLET DE GOYTISOLO, J., “Teleología y...”, *op. cit.*, pag. 16.

<sup>186</sup> VALLET DE GOYTISOLO, J., “La compraventa por mitades...”, *op. cit.*, pag. 714

<sup>187</sup> VALLET DE GOYTISOLO, J., “Teleología y...”, *op. cit.*, pag. 16.

supuesto, aun suponiendo que se trate de una permuta, no queda vinculando el resultado del contrato a un hecho futuro e incierto, como es la premoriencia de uno de los contratantes? Porque negar, por el simple hecho de que siempre tenga que ocurrir, el carácter aleatorio de la muerte de uno u otro contratante supone tanto como negar toda una categoría entre los contratos aleatorios reconocidos por el artículo 1709 del Código Civil, precisamente la que parte de un suceso *que ha de ocurrir en tiempo indeterminado*. No vemos en modo alguno como puede defenderse que el *alea* sea un elemento extrínseco de un contrato, o negocio, así configurado, cuando, si nos planteamos el pacto como un contrato oneroso, que es precisamente el caso, es obvio que la pérdida o ganancia queda pospuesta al momento en que se pueda verificar el fallecimiento de uno u otro contratante, elemento este de naturaleza claramente aleatoria.

Entiendo que esto es así, incluso si pensamos en algunos de los supuestos más conflictivos, como el del contrato celebrado por quien padece una enfermedad terminal, o por personas entre las que media una gran diferencia de edad, ya que, incluso en estos casos, al aspecto aleatorio queda puesto de manifiesto, pues hasta el momento mismo en que se produzca el fallecimiento de uno u otro, no podremos asegurar de que modo se resolverá el contrato. Podríamos hablar de la mayor probabilidad de que el sujeto más anciano o enfermo muera primero, pero eso jamás podrá excluir la posibilidad, por ejemplo, del fallecimiento accidental del otro, por lo que el carácter aleatorio, incluso en estos casos, creemos puede ser defendido, ya que de producirse este segundo supuesto menos probable, el otro quedaría titular único del bien, poniendo de manifiesto el carácter bilateral del contrato.

De cualquier forma, para una mejor comprensión de este punto de vista y su visión crítica, creemos necesario hacer un pequeño inciso sobre la causa de la compra con pacto de sobrevivencia de acuerdo con el pensamiento de VALLET, y la que entendemos debería ser su verdadera discrepancia: el carácter oneroso del contrato.



Tomando como punto de partida la opinión de VIRGILI SORRIBES, que era partidario de configurar la compra con pacto de sobrevivencia como un contrato oneroso y aleatorio, motivado por el ánimo de ahorrarse los compradores los gastos derivados de hacer testamento, VALLET DE GOYTISOLO planteó lo siguiente: que si efectivamente ese era el ánimo que dominaba dicho pacto, los compradores entonces no debían querer otorgar el carácter de irrevocable al pacto, con lo que estaríamos en el caso antes analizado de una donación *mortis causa*. Pero que si no era esa su intención, como ocurría en la mayoría de las ocasiones, sino que lo que pretendían los compradores era asegurarse mientras vivieran que ambos pudieran utilizar y disfrutar de la vivienda, y que al fallecimiento de uno de ellos el sobreviviente fuera su único propietario, entonces la cosa cambiaba. Y cambiaba no sólo porque entonces aparecía como inherente a su voluntad el ánimo de hacer irrevocable dicho pacto, sino también porque dicho ánimo se erigía en causa misma del contrato, encontrándonos así que el motivo de incluir el pacto, *su causa*, no sería nunca el ánimo de lucro, el querer enriquecerse el uno con el fallecimiento del otro, sino muy al contrario *favorecer y proteger* al que sobreviviera, lo que imposibilitaría clasificarlo como contrato oneroso.

Dicho de otro modo: “Suele querer asegurarse con su estipulación una vejez tranquila: evitar que el ejercicio de la *actio communi dividundo* pueda provocar la pérdida del hogar al supérstite, su último refugio, o se quiere garantizarle el disfrute de bienes suficientes para que su vejez sea sin privaciones”<sup>188</sup>.

Por ello, me parece que, más que tratar de justificar con complejos ejercicios jurídico-verbales la no aleatoriedad del pacto como contrato oneroso, VALLET más bien debería haber atacado al carácter oneroso mismo, para lo cual, creemos, esgrimió mejores y más convincentes argumentos.

---

<sup>188</sup> VALLET DE GOYTISOLO, J., “Las compras con pacto...”, *op. cit.*, pag. 298.

c) *Construcción a partir del contrato de seguro de vida.*

Al plantear el pacto de supervivencia a partir de la construcción del contrato de seguro de vida, VALLET, realmente, está preparando su tesis unitaria, tal y como vemos desde su exposición inicial. Así, la situación de partida nos sitúa en el seguro de vida contratado por un matrimonio a favor del que sobreviva, situación esta que derivará en que el cónyuge supérstite recibirá directamente de la compañía aseguradora la cantidad pactada, pero por el hecho de que ambos contribuyeron por mitad al pago de las correspondientes primas.

Respaldó VALLET dicho planteamiento con la sentencia del Tribunal Supremo de 22 de Diciembre de 1944, de la que extrajo lo siguiente:

1º Que la atribución del capital asegurado al sobreviviente tiene causa directa en el asegurador.

2º Que el pago de las primas efectuado por los dos cónyuges en beneficio del sobreviviente, se puede configurar, según la referida sentencia, *bien como dos contratos yuxtapuestos, de los que uno solo producirá efecto, ofreciendo como contenido dos actos independientes de liberalidad, supeditados a la condición suspensiva de supervivencia, respecto de uno de los esposos, y a la resolutoria de premoriencia con relación al otro, bien como un contrato oneroso y aleatorio en provecho del contratante que el azar decida.*

Trasladado todo esto a la compra con pacto de supervivencia, supone, a juicio de VALLET, lo siguiente:

1º. Que la adquisición se derivaría directamente del vendedor mediante la compraventa, bien mediante el juego de condiciones vinculadas al domino ya indicado, bien mediante la adquisición de una nuda propiedad transitoriamente indeterminada entre los compradores, que de este modo adquieren por partes iguales el derecho de usufructo.

2º. En consecuencia, que los cónyuges pagarían el precio por mitad en utilidad de ambos en cuanto al usufructo de la cosa adquirida, y en utilidad de uno sólo en cuanto a la propiedad definitiva, que será el supérstite. Por ello, se produce la adquisición directa de la finca.

3º. Que en este caso, el carácter aleatorio aparecería únicamente en el pago por mitad, pero no en la adquisición<sup>189</sup>.

Por todo ello, y porque VALLET realmente no se pronuncia radicalmente en contra de esta posibilidad, cosa que sí hace respecto de las dos anteriores, sino que simplemente la expone sin más trascendencia, se nos hace evidente que el desarrollo del pacto de sobrevivencia como contrato similar al del seguro, vinculado a la compraventa, es una razonable excusa para esbozar las líneas maestras de su tesis unitaria, en la que el vendedor aparece como verdadero y necesario causante del pacto, a fin de que produzca los efectos queridos por los compradores, como veremos enseguida.

#### **2.1.3.4. Consideraciones sobre la SUCESION CONTRACTUAL**

LACRUZ-RAMS definen el contrato sucesorio como “aquella ordenación mortis causa en la que la voluntad del ordenante queda vinculada a otra voluntad, no pudiendo revocarse dicha ordenación por el causante de modo unilateral”<sup>190</sup>.

Dejando para otro momento el curioso, y negativo, devenir de los pactos sucesorios en nuestro derecho civil histórico, así como la estéril defensa que numerosos juristas de prestigio han efectuado a lo largo del tiempo a favor de su admisión y regulación<sup>191</sup>, lo cierto y real es que, a día de hoy, la opinión mayoritaria defiende que del artículo 1271, 2º del Código Civil se deriva la prohibición de cualquier tipo de pacto

---

<sup>189</sup> VALLET DE GOYTISOLO, “Teleología y...”, *op. cit.*, pags 17 a 19.

<sup>190</sup> LACRUZ BERDEJO, J.L., RAMS ALBESA, J., y otros, *op. cit.*, pag. 291.

<sup>191</sup> CASTAN TOBEÑAS, J., *Derecho Civil Español, Común y Foral, Derecho de Sucesiones*, Tomo Sexto, Volumen Tercero, Instituto Editorial Reus, Madrid, 1971, pags. 264 a 267. Simplemente por poner dos ejemplos, CASTAN, a principios de la década de los setenta del pasado siglo, creía percibir que “los ataques a los pactos sucesorios forman parte, en la época de la codificación, de una etapa del Derecho Civil que está punto de ser remontada, la fase de “mercantilización” del Derecho privado”, sumando su opinión a la de otros importantes juristas por él mismo citados como compañeros en la defensa de esta postura, tales como VALVERDE o PUIG BRUTAU.

Más recientemente, LACRUZ BERDEJO, J.L., RAMS ALBESA, J., y otros, *op. cit.*, pag. 292, de un modo menos optimista, afirman que, pese a la prohibición mantenida en el Derecho Común de los pactos sucesorios, “no hay ninguna razón seria para prohibir que la institución de heredero, o el legado, o la renuncia a la legítima, puedan ser objeto de contrato con el causante”.

sucesorio de forma genérica, dejando a salvo residuales variedades del mismo<sup>192</sup>.

VALLET DE GOYTISOLO, plenamente consciente de este marco, e inmerso en la defensa de su tesis unitaria, que en breve desarrollaremos, no se detuvo realmente a considerar el pacto de sobrevivencia como una modalidad de contrato sucesorio, justificando desde un primer momento que no estábamos ante un supuesto de los mismos, en parte como respuesta a la resaltada prohibición general de los pactos sucesorios, y en mayor medida por entender que en modo alguno nos encontrábamos ante un negocio jurídico *mortis causa*.

La referida resolución de la Dirección General de Registros y del Notariado de 19 de mayo de 1917, niega tajantemente el carácter sucesorio de los pactos de sobrevivencia, al referirse a ella como uno de esos pactos que *se refieren a la muerte como punto de arranque de derechos y obligaciones o de la adquisición de derechos reales*.

VALLET no se detuvo aquí, sino que justificó que no puede ser entendido el pacto de sobrevivencia como un pacto sucesorio por el sencillo hecho de que, si este fuera gratuito, al tener contenido *mortis causa*, sería esencialmente revocable, y no vincularía a nada. Y que si por el contrario fuera oneroso, entraría dentro de la prohibición de los pactos sucesorios, lo que le haría ilícito. A juicio de VALLET, además, la prohibición de los pactos sucesorios abarcaba tanto los de sucesión universal como los de sucesión a título particular<sup>193</sup>.

Su opinión, en este sentido, era que “las compras con pacto de sobrevivencia vinculan a los compradores desde el mismo instante de la compra, limitándoles al evento de la sobrevivencia la libre disposición, tanto *mortis causa* como *inter vivos*, de los bienes comprados. Por lo tanto, su contenido dispositivo excede al de un pacto sucesorio”<sup>194</sup>.

---

<sup>192</sup> Así, los supuestos regulados en los artículos 826, 827 y 1.341 del Código Civil, y algunas manifestaciones del 831 y del 1056.

<sup>193</sup> VALLET DE GOYTISOLO, “Las compras con pacto...”, *op. cit.*, pags. 294 y 295.

<sup>194</sup> *Ibid.*, pag. 295.

#### **2.1.4. Tesis unitaria**

##### **2.1.4.1. Exposición y desarrollo**

Como hemos adelantado, VALLET DE GOYTISOLO se posicionó desde un principio y hasta el final como convencido defensor de la denominada tesis unitaria; esto es: que la compraventa con pacto de sobrevivencia supone un **negocio unitario e inescindible**, *derivándose el derecho del sobreviviente directamente del vendedor* (algo que ya apuntaba al hablar del contrato de seguro como modelo de construcción), de modo que los compradores, tras la adquisición, no llegaban en ningún caso a celebrar entre ellos negocio jurídico alguno.

Argumentó en este sentido que no veía más contrato que la mera compraventa, ni más transmisión que la derivada de aquella, no percibiendo entre los compradores ninguna enajenación particular, ya fuera de carácter oneroso o lucrativo.

Para respaldar estas conclusiones, por un lado, destacó el empleo habitual en la mayoría de las escrituras públicas de compraventa con pacto de sobrevivencia a que tuvo acceso del verbo “adquirir” (argumento apoyado en la Resolución de la Dirección General de Registros y del Notariado de 19 de mayo de 1917, que ya hemos estudiado), en detrimento de verbos como “suceder” o “transmitir”.

Por otro lado, apeló al hecho de que, en caso de que estuviéramos ante un nuevo contrato, sería indispensable la entrega de la mitad del premuerto al sobreviviente por parte de sus herederos, lo que en la práctica no se hacía, y que sería innecesario de proceder la adquisición directamente del vendedor.

La conclusión a que le condujo todo lo dicho, a su juicio, era evidente: “creemos que es inútil configurarlo (el pacto de sobrevivencia), como un negocio jurídico generador de derechos reales, pues dicho derecho real puede surgir, como veremos, de la misma compra originaria, sin necesidad de desdoblar negocios que a los contrayentes

se les presentan como *unitarios*”<sup>195</sup>.

Ahora bien, VALLET, siempre desde la perspectiva del contrato unitario, fue matizando a lo largo del tiempo, y de sus sucesivos trabajos, la naturaleza misma del propio pacto de sobrevivencia dentro del contrato. Así, en un primer momento, y tras rechazar su configuración como un condominio romano caracterizado por un fortísimo *ius adcrecendi*, al ser esta una solución poco práctica y compleja, argumentó que el pacto constituía una *propietas ad tempus*, sometida a una doble condición a la vez suspensiva y resolutoria.

Desde esta perspectiva, nos dice VALLET que cada uno de los compradores “adquiere una mitad indivisa de la cosa bajo la condición resolutoria de premorir, y la otra mitad, pendiente de la condición suspensiva de sobrevivir. Sobre cada cuota existe una doble titularidad: una, resoluble por estar sometida a una condición resolutoria, y la otra en estado de pendencia, que se traduce en el derecho de adquirir su plena titularidad, sin acto alguno especial, si se cumple el *incertus* de sobrevivir al otro comprador”<sup>196</sup>.

Esta formulación, a su juicio, casaba perfectamente con la redacción usual que solía incluirse en las escrituras de compraventa, donde se hablaba de *adquirir por mitades indivisas y para el que sobreviva*; modo de redacción este en que cobra especial relevancia, como ya se ha apuntado, el verbo “adquirir”.

Para configurar esa *propietas ad tempus* de un modo jurídicamente aceptable como forma de adquisición directa por los compradores, VALLET planteó tres posibles construcciones, a su juicio, igualmente válidas:

1°. El premuerto adquirió un dominio “*ad tempus*” y el sobreviviente el dominio definitivo.

2°. Ambos adquieren el usufructo de la cosa, quedando la nuda propiedad indeterminada hasta determinarse por la premoriencia o

---

<sup>195</sup> VALLET DE GOYTISOLO, “La compraventa por mitades...”, *op. cit.*, pag. 715.

<sup>196</sup> *Ibid.*, pag. 718.

sobrevivencia.

3º. Los compradores adquieren el dominio de una mitad indivisa, gravado con un derecho real a favor del otro, limitando su capacidad de disponer de la cosa.

Cualquiera de las modalidades expuestas, según la opinión de VALLET, implicaba tres evidentes ventajas prácticas: el acto es perfectamente inscribible, la adquisición irrevocable y, a la hora de liquidar impuestos, sólo ha de hacerse una liquidación en el momento de la venta (vendedor - compradores), y otra posterior sobre la parte del comprador premuerto, a su juicio tomando como referencia el precio pagado, y no el valor actual del bien<sup>197</sup>.

Tras estas conclusiones, VALLET se mostró gustosamente indiferente por la adopción de cualquiera de las tres alternativas planteadas, ya que, a su modo de ver, no se trataba más que de una cuestión meramente conceptual y poco práctica.

Ahora bien, algún tiempo después<sup>198</sup>, VALLET DE GOYTISOLO sí mostró una mayor preocupación por la concreción exacta de la naturaleza jurídica del pacto de sobrevivencia, concretamente, tras la publicación por CALVO SORIANO de su relevante trabajo *Adquisiciones con pacto de sobrevivencia*, que más adelante analizaremos, de modo que procedió a afinar sus conclusiones: sin dejar de insistir en la concepción unitaria, entendió que nos encontrábamos con un sólo negocio dispositivo, que englobaba juntamente una compraventa a favor de los compradores y un **fideicomiso condicional** a favor del que de estos sobreviviera, siendo el vendedor no sólo el encargado de consentir en incluir dicho fideicomiso, sino también quien lo autorizaba (convirtiéndose así en fideicomitente o fiduciante).

En contra de aquella parte de la doctrina que entendía que los fideicomisos únicamente podían ser impuestos en actos de liberalidad

---

<sup>197</sup> *Ibid.*, pag 719, y “Teleología y...”, *op. cit.*, pags. 19 y 20.

<sup>198</sup> Concretamente, en su trabajo “Las compras con pacto de sobrevivencia en Derecho Catalán” (*op. cit.*), escrito en el año 1955, lo que lo aleja nueve y once años de sus los dos trabajos anteriores también citados en el presente estudio en numerosas ocasiones.

(específicamente, en el ámbito sucesorio), VALLET defendió su inclusión en los contratos onerosos, justificando que los fideicomisos contractuales pueden ser impuestos por el transmitente, bien en su propio interés, bien a petición y en interés del primer adquirente, para lo que únicamente se requería su aceptación o su indiferencia, postura que defendió amparándose en la Resolución de 16 de Julio de 1943 de la Dirección General de Registros y del Notariado, donde se aceptaba efectivamente un fideicomiso contractual impuesto en una compraventa<sup>199</sup>. Para su perfecta validez, afirmó que la inclusión del fideicomiso no debía repercutir en el transmitente, a quien precisamente esto es lo único que debía preocupar en relación con el pacto de supervivencia, que no le afectara, constituyéndose así el vendedor en fuente de la adquisición por los compradores de la cosa de forma conjunta y alternativa<sup>200</sup>.

Según este planteamiento, la cuota o mitad indivisa exigidas no son para VALLET sino un “reflejo contable” de cara bien al ejercicio de ciertas facultades, bien a posibles situaciones de disposición, pero sin ser ontológicamente ni una realidad material ni jurídica<sup>201</sup>.

Ahora bien, al reconocer dentro de la compraventa con pacto de sobrevivencia, junto a la causa externa o precio, una causa interna como es la adquisición definitiva para el sobreviviente, VALLET extrajo una interesante y sorprendente conclusión, y es que “el pacto no será válido si los cónyuges hubieran pactado previamente un heredamiento, que no sea meramente preventivo, a favor de los hijos nacederos, y que no pueden quedar evaporados en caso alguno los derechos de los legitimarios y de los reservatarios”<sup>202</sup>.

Su conclusión final, pues, fue que la compraventa con pacto de

---

<sup>199</sup> En dicha resolución, encontramos lo siguiente: en escritura autorizada por un Notario de Ciudad Rodrigo, en 1890, se vendió a una señora para su hija un corral, indicando que si la niña fallecía sin dejar descendencia, su madre heredaría el usufructo vitalicio del corral; pero al fallecimiento de esta se tendría que vender dicho corral y emplear la mitad de lo obtenido en misas de limosna sinodal, y la otra mitad entregársela a los pobres.

<sup>200</sup> VALLET DE GOYTISOLO, “Las compras con...”, *op. cit.*, pags. 302 a 307.

<sup>201</sup> *Ibid.*, pags. 311.

<sup>202</sup> *Ibid.*, pags. 307.



sobrevivencia constituía un único contrato de compraventa con fideicomiso condicional, cuya validez quedaba condicionada a no existir un heredamiento previo a favor de los hijos nacederos y a no perjudicar la legítima de los herederos forzosos ni los derechos de los reservatarios, en caso de que los hubiera.

Sobre la importancia de estas conclusiones nos extenderemos más adelante al analizar la regulación de las compraventas con pacto de sobrevivencia en la Compilación de Derecho Civil de Cataluña y posteriores textos legales. Sin embargo, no podemos dejar de hacer en este momento una primera aproximación crítica.

#### **2.1.4.2. El fideicomiso contractual**

La solución del fideicomiso contractual no deja de resultar sorprendente.

La mención del fideicomiso, desde la perspectiva de nuestro ordenamiento jurídico, nos lleva indefectiblemente al ámbito de las sustituciones fideicomisarias, reguladas en los artículos 781 al 786 del Código Civil, quedando así específicamente encuadradas en el ámbito de la sucesión testamentaria, sin que en ningún otro lugar de dicho cuerpo legal se haga mención, en modo alguno, a otro posible modelo de fideicomiso.

El propio Código Civil ofrece una definición, bastante genérica, de la sustitución fideicomisaria en el primero de los indicados artículos, al apuntar que son aquellas *en cuya virtud se encarga al heredero que conserve y transmita a un tercero el todo o parte de la herencia*.

CASTAN no se aparta demasiado del concepto dado por el Código Civil al afirmar que “se llama sustitución fideicomisaria la disposición por virtud de la cual el testador impone al heredero o legatario la obligación de conservar la herencia o la cosa legada y de transmitirla a su muerte a otra u otras personas expresamente indicadas por el mismo”<sup>203</sup>. Sin embargo, parte de la doctrina ha precisado que, en

---

<sup>203</sup> CASTAN TOBEÑAS, J., *Derecho Civil Español, Común y Foral, Derecho de*

esencia, la sustitución fideicomisaria únicamente requiere que el testador haya dejado establecido un orden sucesivo de varios herederos, existiendo luego dos variantes, según el fiduciario pueda o no disponer de la herencia fideicomitida, lo que diferencia la sustitución fideicomisaria normal, o usual, de la de residuo<sup>204</sup>. Así, sintéticamente, DIAZ ALABART entiende que el concepto de sustitución fideicomisaria simplemente “implica un orden sucesivo en el llamamiento y disfrute de los bienes hereditarios”<sup>205</sup>.

También existen discrepancias en cuanto a que la sustitución fideicomisaria constituya un “encargo” impuesto por el testador, o fideicomitente, al primer heredero, o fiduciario. Mientras que el propio artículo 781 y una parte de la doctrina se refieren a la misma de este modo, otros autores han puesto de manifiesto que se trata de un auténtico gravamen impuesto por el testador al fiduciario. También se ha criticado el empleo el verbo “transmitir” al referirse a la obligación del fiduciario, pues este “no transmite los bienes al fideicomisario, sino que es la misma ley la que resuelve la titularidad y la atribuye automáticamente al segundo heredero, quedando al primero (a sus sucesores) un deber de entregar materialmente bienes que pertenecen ya a otra persona, al menos en la mayor parte de los casos”<sup>206</sup>.

Tanto de las definiciones aportadas por los citados autores como del concepto dado por el propio Código Civil, se desprende con claridad

---

*Sucesiones*, Tomo Sexto, Volumen Segundo, Madrid, Instituto Editorial Reus, 1973, página 233.

<sup>204</sup>Así DIAZ ALABART, S., *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por ALBALADEJO GARCIA, M. y DÍAZ ALABART, S., Tomo X, Vol. 2, Artículos 774 a 805 del Código Civil, Edersa, Madrid, 1.984, pags. 209 y 212. También en este sentido LACRUZ BERDEJO, J.L., RAMS ALBESA, J., y otros, “*Elementos de Derecho Civil, Sucesiones*, Tomo V, *op. cit.*, pag.262: “la sustitución fideicomisaria supone el nombramiento de dos (o más) herederos sucesivos: uno que recibe el caudal cuando fallece el causante, y otro que lo obtiene al morir el primer sustituto”.

<sup>205</sup> DIAZ ALABART, S., “El discapacitado y la tangibilidad de la legítima: fideicomiso, exención de colación y derecho de habitación (Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección de las personas con discapacidad), *Protección Jurídica Patrimonial de las personas con discapacidad*, PEREZ DE VARGAS MUÑOZ, J. (Coord.), La Ley, Madrid, 2006, pag. 59.

<sup>206</sup> En palabras de LACRUZ BERDEJO, J.L., RAMS ALBESA, J., y otros, “*Elementos de Derecho Civil, Sucesiones*, Tomo V, *op. cit.*, pag.262.

que la sustitución fideicomisaria está perfectamente adscrita a la sucesión testada. ¿Qué pretende, pues, VALLET, con su definición de *fideicomiso contractual*? Desde luego, en ningún caso la inclusión de una cláusula testamentaria de sustitución en un contrato de compraventa: no debemos seguir ese camino<sup>207</sup>. Su intención, entendemos, era muy diferente, y supone adentrarnos en el ámbito, poco conocido por nuestro ordenamiento jurídico, o acaso directamente desconocido, de los fideicomisos tal y como se entienden, por ejemplo, en el Derecho Anglosajón.

La ajenidad del fideicomiso a nuestro ordenamiento, como figura contractual, ha sido puesta de manifiesto por la doctrina<sup>208</sup>. Sin embargo, algunos autores han planteado la posibilidad de que pueda desarrollarse de modo válido tal institución, que consistiría en un contrato “con una estructura semejante a la del fideicomiso sucesorio, pero en el campo de los negocios “inter vivos”, con una finalidad propia y en absoluto reducida al campo de los negocios de garantía”<sup>209</sup>.

Quedaría configurado el fideicomiso *inter vivos*, o contractual, en consecuencia, como “un negocio jurídico, y más estrictamente como un contrato, a virtud del cual una parte, el fiduciante, encomienda un bien o conjunto de bienes, a otra persona, el fiduciario, para que les dé un destino específico, y típicamente su transmisión al fideicomisario, sin perjuicio de que sea fideicomisario el propio fiduciante. Aparece así como un contrato, hoy por hoy, atípico, pues que carece de regulación;

---

<sup>207</sup> En este sentido, tampoco entendemos que pueda interpretarse el pacto de sobrevivencia como un supuesto de fiducia, al amparo del artículo 831 del Código Civil.

<sup>208</sup> Así DIAZ ALABART, S., *El fideicomiso de residuo. Su condicionalidad y límites*, Bosch, Barcelona, 1981, pags. 30 y 31, quien concluye que este tipo de fideicomiso está prohibido por el Código Civil; y también LOPEZ PARDIÑAS, M., “El fideicomiso “inter vivos”. Una propuesta de figura contractual”, *Homenaje a Don Antonio Hernández Gil*, Volumen II, MARTINEZ-CALCERRADA Y GOMEZ, L. (Coord.), Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2001, pag. 1551: “nuestro derecho privado no conoce la figura del contrato de fideicomiso”

<sup>209</sup> Así el antes mencionado LOPEZ PARDIÑAS, M., *op. cit.*, pag.1547. Tras presentar como antecedentes más remotos y válidos de la figura que pretende construir la fiducia *cum creditore* y la fiducia *cum amico* del Derecho Romano (pag. 1548), y señalar como en al ámbito del Derecho Anglosajón existen de forma habitual este tipo de fideicomisos bajo la conocida denominación de *trust* (pag. 1550), plantea la posibilidad de que en nuestro ordenamiento jurídico pueda desarrollarse de modo válido tal institución.

bilateral, o mejor, multilateral, pues origina derechos y obligaciones para las diversas partes, y natural, pero no esencialmente oneroso, por cuanto de ordinario, pero no esencialmente, el fiduciario percibirá una retribución por el ejercicio de sus funciones. Quedaría así la cuestión de definirlo como real o consensual, cuestión ligada íntimamente a la de si ha de suponer, necesariamente, la transmisión de la propiedad de bienes del fiduciante al fiduciario”<sup>210</sup>, acaso uno de los puntos más conflictivos.

A la vista de lo citado, estas conclusiones nos parecen sumamente interesantes, especialmente si las trasladamos al ámbito de las compraventas con pacto de sobrevivencia para esbozar una especie de “visión en paralelo” respecto de las conclusiones de VALLET DE GOYTISOLO.

En primer lugar, entendemos que la solución aportada por VALLET del pacto de supervivencia como fideicomiso contractual se aproximaría notablemente a la propuesta en cuanto a construcción jurídica. El vendedor se transmutaría en fiduciante, y cada uno de los esposos en fiduciario y fideicomisario, el uno respecto del otro, de forma recíproca. El encargo o finalidad del fiduciante tendría carácter condicional al ser la obligación de cada fiduciario conservar su parte hasta que uno de los dos falleciera, momento en el cual el otro, entendemos que sin necesidad de tradición (contrariamente a lo establecido en la sustitución fideicomisaria, en la que son los herederos quienes han de transmitir materialmente la cosa al fideicomisario), adquiriría el pleno dominio del todo y se consumaría el contrato. Algo así, pensamos, es lo que defendía VALLET.

Ahora bien, este planteamiento ofrece, a mi parecer, unos cuantos obstáculos e interrogantes.

En primer lugar, se ha señalado que el fideicomiso *inter vivos* constituye un tipo de contrato. Como tal, el pacto de sobrevivencia supondría la coexistencia de dos contratos, el de venta por un lado y el de fideicomiso por otro, atentando contra la teoría unitaria de VALLET.

---

<sup>210</sup> Según dice LOPEZ PARDIÑAS, M., *op. cit.*, pag.1552.

Sobre las repercusiones prácticas, y no sólo teóricas, que esto supone me extenderé más adelante.

En segundo lugar, aparece la cuestión de la retribución. En este punto la cuestión es menos contenciosa, pues según se ha indicado la retribución al fiduciario no es esencial. Además, podríamos entender, en todo caso, que la posibilidad de adquirir el pleno dominio de la totalidad de la cosa sometida al fideicomiso podría hacer sobradamente las veces de retribución.

Pero acaso la cuestión que más debiera preocuparnos sea la de la propiedad. Y es que, en caso de que la propiedad se mantuviera en el fiduciante hasta que se transmitiera definitivamente al fideicomisario, el vendedor permanecería como propietario hasta que uno de los compradores falleciera<sup>211</sup>. Huelga decir que esto podría dar lugar a indeseadas consecuencias, ajenas en todo punto al motivo y esencia del pacto de sobrevivencia. Se me ocurre, por ejemplo, que la conmorienencia de los adquirentes podría dar lugar a no pocos problemas entre el vendedor-propietario y los herederos de los compradores-fiduciarios. Y es que, mientras que en el ámbito sucesorio el artículo 784 del Código Civil protege de esta situación al precisar que *el fideicomisario adquirirá derecho a la sucesión desde la muerte del testador, aunque muera antes que el fiduciario*, y que *el derecho de aquel pasará a sus herederos*, en el ámbito contractual no entraría en juego esto, sino que nos tendríamos que remitir al entorno de las obligaciones condicionales, pues el propio VALLET define así el fideicomiso. Desde esta perspectiva, el artículo 1114 establece claramente que *en las obligaciones condicionales la adquisición de los derechos, así como la resolución o pérdida de los ya adquiridos, dependerán del acontecimiento que constituya la condición*.

Pensemos en la posibilidad, por ejemplo, de que, siendo aún propietario el vendedor, ambos adquirentes fallecieran en un accidente de tráfico. La condición de premoriencia de uno sobre el otro no se

---

<sup>211</sup> LOPEZ PARDIÑAS, M., *op. cit.*, pag. 1556, en relación con esta cuestión no duda en posicionarse y afirmar que, a su modo de ver, “en el fideicomiso el propietario lo es en definitiva el fiduciante, en el mismo sentido que en el usufructo lo es el nudo propietario”.

habría cumplido, por lo que no habría adquisición de derechos, y la propiedad seguiría en manos del vendedor. Si tenemos en cuenta, además, y según ya hemos visto, que la condición incluida en un contrato hace que de su cumplimiento dependa que este llegue o no a producir efecto, el vendedor, cuya intención por otra parte siempre fue vender, debería empezar a preocuparse por una más que posible demanda de restitución del precio por los herederos de los difuntos compradores, ya que realmente los causante nunca llegaron a adquirir la propiedad de la cosa por la que pagaron.

Pero dejando a un lado este planteamiento, que no supondría realmente más que algún caso residual, y que desde luego podría solucionarse al amparo del artículo 1255, sigue resultando extraño que alguien pueda vender una propiedad, recibir el precio íntegro, y gravar la transacción con un fideicomiso que obedece a su voluntad, manteniendo además la condición de propietario tras transmitir el pleno dominio de la cosa... Sinceramente, esto no me parece ni posible ni aceptable.

Dicho esto, considero oportuno volver al problema apenas esbozado como primer interrogante: la existencia de dos contratos o, según VALLET, de una venta y una cláusula de fideicomiso.

La finalidad del fideicomiso *inter vivos*, según LOPEZ PARDIÑAS, resulta clara: se trataría de un contrato mediante el cual “una parte, el fiduciante, encomienda a otra, el fiduciario, facultades de administración, gestión y disposición de un patrimonio o conjunto de bienes, conservando su propiedad, mediando o no retribución, para su ejercicio en tal concepto con plena legitimación, con una finalidad y con arreglo a unos criterios determinados, y para su entrega al propio fiduciante o a un tercero”<sup>212</sup>.

Pues bien, trasladando esto a una compra con pacto de supervivencia, nos encontraríamos no sólo con que el fiduciante entrega al fiduciario un determinado bien para que lo administre, gestione (sin

---

<sup>212</sup> LOPEZ PARDIÑAS, M., *op. cit.*, pag. 1557.

capacidad para enajenarlo, por acuerdo expreso) y, finalmente, transmita a un tercero, sino que además ¡recibe del fiduciario el precio del bien! No es que haya dudas en si el fiduciario recibe o no retribución, ¡es que la retribución la recibiría el fiduciante!

Entiendo que la finalidad del fideicomiso es asegurar la gestión y preservación de un bien o patrimonio para que finalmente sea recibido por una persona determinada (el fideicomisario). Pues bien, esta finalidad no me parece la más adecuada en relación con la finalidad propia de la venta, que por definición implica la enajenación de la propiedad por parte del vendedor. Para el supuesto que estudiamos, parece lo oportuno, y lo real en la práctica, que desde el momento en que se ha recibido el precio por la cosa, toda capacidad de disposición por parte del transmitente desaparezca. Entiendo poco ajustado a este negocio que la intención del vendedor, al transmitir la propiedad, sea que se administre la misma para que al final la reciba sólo uno de los adquirentes. Y es que, dejando al margen que puedan existir mecanismos jurídicos más oportunos y seguros, del texto del pacto, aún del elegido por VALLET, de ninguna forma se desprende que el vendedor quiera otra cosa sino exclusivamente transmitir la propiedad y desvincularse de la misma.

Por otro lado, entendemos, como ya anunciábamos, que siendo la solución de VALLET notablemente semejante a la citada en cuanto a su construcción (existencia de un fiduciante, un fiduciario y un fideicomisario establecidos de forma contractual, no testamentaria, con un encargo bien definido de mantenimiento y administración de la cosa sin posibilidad de enajenarla y con la obligación de entrega al fideicomisario cuando se cumpla condición-encargo establecidos), la forma debe ser, necesariamente, diferente.

Para VALLET, el fideicomiso condicional, al amparo de la tesis unitaria, vendría a ser algo así como una cláusula contractual más añadida al contrato, donde el vendedor dispone del destino de la cosa

más allá de la compra<sup>213</sup>. Es decir, sería un vendedor-fiduciante, pero, y ahí radica la principal divergencia, ya no propietario. Dada la polémica existente entre la doctrina acerca de quien ostentaría la propiedad, si el fiduciario o el fiduciante<sup>214</sup>, este extremo parece salvable asumiendo que VALLET defendería que la propiedad queda en ambos fiduciarios.

Ahora bien, aunque esto fuera así, no deja de parecer abusivo que pueda quedar al arbitrio del vendedor el posterior destino de la cosa una vez vendida. Y es que no estaríamos hablando de una suerte de condición resolutoria a su favor para el caso de falta de pago, ni de un derecho de tanteo o retracto, ni de nada parecido; sino, más bien, de una orden de transmisión posterior a favor de un tercero que, dada la naturaleza del contrato, se concretaría en el otro comprador, hecho este que, entiendo, en la mayoría de los casos ni afectaría al vendedor a la hora de celebrar el contrato, ni condicionaría su intención de vender.

Finalmente, opino que resulta poco adecuado acudir al fideicomiso contractual como respuesta a la naturaleza jurídica del pacto de sobrevivencia, por el sencillo motivo de que, según hemos expuesto, en nuestro derecho privado no existe la figura del contrato de fideicomiso. Por ello, se me antoja harto caprichoso y muy poco útil acudir a tal figura para justificar una institución precisamente de Derecho consuetudinario, y, por tanto, carente de una regulación tipificada. Parece algo así como venir a justificar una anomalía jurídica, producto del derecho consuetudinario, con una ficción jurídica extraída del Derecho comparado. Y esto me parece que hace un flaco favor a la defensa del pacto. Sinceramente, la terna de soluciones alternativas que, en un primer momento, ofreció como solución, constituye a mi juicio una alternativa mucho más útil y coherente, aunque, debo

---

<sup>213</sup> No deja de ser sorprendente también que, habiendo manifestado claramente VALLET en su primer trabajo que el origen del pacto se vincula al intento de paliar las injusticias que tenían que sufrir las mujeres como consecuencia del régimen de separación de bienes, defienda a continuación que su inclusión se debe a la voluntad del vendedor, quien en un buen número de casos podía ser, sino del todo ajeno a tales inquietudes, sí de nuevo indiferente.

<sup>214</sup> LOPEZ PARDIÑAS, M., *op. cit.*, pags. 1554 a 1556.



admitirlo, también menos ingeniosa.

#### **2.1.4.3. Los heredamientos y los derechos de los legitimarios y de los reservatarios**

En cuanto a la coda final referente a los heredamientos y los derechos de los legitimarios y reservatarios, teniendo en cuenta su relevancia a los efectos del presente trabajo, se abordarán de un modo más detallado más adelante. Por ello, aquí simplemente pretendo hacer un muy breve apunte sobre los mismos, ya que será en otro momento cuando me extienda con más profundidad sobre estos temas.

Respecto a **los heredamientos**, la doctrina tradicional ha destacado que, pese a su variedad, y constituyendo una modalidad de sucesión contractual, suponen en el fondo un acuerdo de voluntades encaminado a regular la transmisión de un patrimonio bajo determinadas condiciones<sup>215</sup>. Por dicho acuerdo, generalmente resulta nombrando un heredero, quien recibirá la herencia de uno de los contratantes. Su finalidad esencial sería la de conservar el patrimonio familiar intacto y dar estabilidad al mismo.

Entre sus consecuencias más relevantes para el presente trabajo, podemos citar que el heredante no podrá disponer de los bienes afectados por actos gratuitos, ni tampoco onerosos en fraude del heredamiento.

Podría parecer lógico, en un primer momento, que haya que respetar esos heredamientos, aunque no más en la compra con pacto de sobrevivencia que en cualquier otro contrato. Sin embargo, hemos de recordar que esta cautela es impuesta por VALLET después de afirmar que el pacto constituye un fideicomiso condicional. Como tal, recordamos, cada adquirente se constituye en fiduciario y fideicomisario del otro, quedando pendiente del fallecimiento de uno de ellos la

---

<sup>215</sup> CASTAN TOBEÑAS, J., *Derecho Civil Español, Común y Foral, Derecho de Sucesiones*, Tomo Sexto, Vol. Tercero, *op. cit.*, pag.300. Los identifica como una “manifestación interesantísima de sucesión contractual”.

concreción final de su condición. Siendo esto así, y ocupando simplemente un cargo de administrador y gestor del patrimonio hasta ese fallecimiento, se consigue lo que pretendía VALLET: que la transmisión última no proceda de los compradores entre sí, *sino que venga directamente del vendedor*. Y por ello, nos preguntamos: ¿cómo puede perjudicar al heredamiento la transmisión onerosa hecha en definitiva por un tercero a uno sólo de los cónyuges? De acuerdo con lo dicho, sólo en caso de que sea en fraude del heredamiento. ¿Debemos, pues, entender con esto que VALLET consideraba la venta con pacto de sobrevivencia un modo fraudulento de perjudicar esos derechos? ¿O simplemente consideraba, pese a todo lo afirmado, que había una transmisión gratuita entre cónyuges?

El planteamiento más lógico nos parece el siguiente: A, en un momento anterior a la compra con pacto de sobrevivencia, celebra con su hijo B un heredamiento. Posteriormente, junto con su esposa C, lleva a cabo la compra con pacto de sobrevivencia. D, el vendedor, transmite al que sobreviva de A y C un bien inmueble determinado. Pasa el tiempo, y resulta que A fallece primero. ¿Queda perjudicado B por dicho fallecimiento, de modo que la venta con pacto de sobrevivencia deba considerarse fraudulenta? Siguiendo la teoría unitaria del fideicomiso condicional, *D ha transmitido en realidad directamente a C*, y lo único que ha “perjudicado” a B ha sido la condición de premoriencia, pactada y asumida por su padre, de modo que la eficacia del contrato ha beneficiado en exclusiva a C. Pero si hubiera ocurrido lo contrario, y quien hubiera premuerto hubiera sido la propia C, el beneficiado habría sido A y, por extensión, su heredero B.

La conclusión que extraemos es que, bien por considerar el pacto una transmisión gratuita entre los adquirentes, bien por considerarlo un fraude a los derechos adquiridos por el heredamiento, la advertencia de VALLET no parece casar adecuadamente con su tesis unitaria del fideicomiso condicional.

Ahora bien, y tras todo lo dicho, sorprende mucho más la segunda afirmación de que “no pueden quedar evaporados en caso alguno los derechos de **los legitimarios y de los reservatarios**”<sup>216</sup>, especialmente en lo que se refiere a los primeros. Pero vayamos por partes.

La preocupación por los derechos de **los reservatarios** también crea cierta confusión. En Cataluña, en el momento en que VALLET publicó el trabajo que aquí analizamos, se regía la reserva ordinaria o del cónyuge viudo por el Derecho Romano<sup>217</sup>. De acuerdo con el mismo, el cónyuge que contrajera segundas o ulteriores nupcias se veía en la obligación de reservar a los hijos del anterior matrimonio los bienes adquiridos por título lucrativo “del cónyuge premuerto, padre de dichos hijos, o de algún hermano o descendiente de estos”<sup>218</sup>, afirmando a continuación sus dudas de que pudiera aplicarse al Derecho Foral Catalán el artículo 811 del Código Civil.

La respuesta al por qué incluyó VALLET, que no pudieran perjudicarse los derechos de los reservatarios al efectuar la compra con pacto de sobrevivencia, pienso que debe enfocarse a que el cónyuge casado en segundas o posteriores nupcias no pudiera adquirir su participación indivisa sujeta al pacto de sobrevivencia con bienes objeto de reserva; advertencia, por lo demás, genérica a todo tipo de contratos.

Si es así entendido, no debería oponerse ningún reparo a la cautela de VALLET.

El tema de los legitimarios, sin embargo, es muy diferente, y de ahí el asombro que provoca. Después de afirmar categóricamente que el pacto de sobrevivencia debía quedar encuadrado dentro de los negocios jurídicos *inter vivos*, y, aún más, *que es el propio vendedor el que*

---

<sup>216</sup> VALLET DE GOYTISOLO, “Las compras con...”, *op. cit.*, pags. 307

<sup>217</sup> CASTAN TOBEÑAS, J., *Derecho Civil Español, Común y Foral, Derecho de Sucesiones*, Tomo Sexto, Volumen Primero, Madrid, Reus, S.A., 1969, pag. 233. En el ámbito sucesorio, destaca como efectos más importantes derivados del Derecho Romano Bizantino y Canónico: “La limitación a la facultad de adquirir el padre bínubo, impuesta por la Ley *Hac Edictali* (ley VI, tit. 9, *De secundis nuptiis*, libro V del Código de Justiniano) y la reserva tradicional del cónyuge viudo”.

<sup>218</sup> *Ibidem*.

*determina que al final uno sólo de los cónyuges devenga total propietario del bien*, según hemos expuesto, concluyó súbitamente VALLET que tal operación no podía perjudicar la legítima de los herederos forzosos de los adquirentes, como si se tratara de un acto de disposición *mortis causa* de los propios cónyuges compradores, o, en caso contrario, de un negocio gratuito entre los cónyuges, opción a la que había encontrado pegas, al rechazar su configuración como donación, tanto *inter vivos* como *mortis causa*.

Si continuamos con el ejemplo anterior, pensemos que D, según la tesis unitaria, transmite directamente a A o a C, indistintamente, según sobreviva uno u otro. Por ello, no comprendemos, al amparo de dicha tesis, como puede ser que un tercero, el vendedor, *transmita directamente al que sobreviva de los compradores* un bien concreto y, en esta operación, deban respetarse posibles legítimas sobre unos bienes que nunca han pasado a integrar el patrimonio del adquirente premuerto, ya que, repetimos, la adquisición del pleno dominio de la totalidad de la cosa *procede del vendedor, y no del premuerto*, siempre según defiende VALLET.

Si realmente un bien nunca pasó a integrar el patrimonio del fallecido, ¿cómo puede perjudicarse la legítima de los herederos forzosos?<sup>219</sup> No parece posible, máxime cuando el propio VALLET, según hemos visto, se esforzó tanto en explicar que era el vendedor quien cumplía el papel de vincular de inicio el destino de la cosa a la supervivencia de uno de los adquirentes<sup>220</sup>, escapando del tracto sucesorio por su expresa voluntad (del transmitente), con independencia de la voluntad de los compradores, quedando así adscrito el pacto de supervivencia a los negocios jurídicos *inter vivos*

---

<sup>219</sup> Como último ejemplo práctico, tomemos, dentro de las conclusiones iniciales de VALLET, la tesis de que cada uno de los adquirentes recibía la nuda propiedad de una mitad indivisa y el usufructo vitalicio de la otra. Al fallecimiento de uno de ellos, el otro consolidaría la nuda propiedad (liquidándose así a efectos el Impuesto de Sucesiones), pero, ¿cómo justificar que tal consolidación sea un acto de transmisión que haya de computarse a efectos del cálculo de la legítima, si el usufructo se extingue con el fallecimiento del usufructuario, tal y como sanciona el artículo 513. 1º del Código Civil?

<sup>220</sup> VALLET DE GOYTISOLO, J., “Las compras con pacto...”, *op. cit.*, pags. 304 y 305.

cuya eficacia depende del fallecimiento de una de las partes simplemente como requisito de eficacia.

Como puede fácilmente entenderse, tales conclusiones provocan cierta perplejidad. Claro que más perplejidad puede causar la trascendencia que han tenido en el derecho positivo catalán, y que aún tienen, vista la última regulación del Libro II de su Código de Familia. Sobre todo esto insistiré más adelante.

Simplemente, a modo de cierre, conviene reiterar, tras todo lo dicho, que VALLET consideró que el pacto de sobrevivencia no podía perjudicar la legítima de los herederos forzosos, afirmación que, a mi juicio, debería llevarnos necesariamente al ámbito del derecho de sucesiones o, en el mejor de los casos, al de las disposiciones gratuitas, cosa que se contradice con el resto de sus reiteradas conclusiones.

## **2.2. FRANCISCO VIRGILI SORRIBES: Tesis dualista:**

### **Contrato oneroso y aleatorio**

*Una lógica demasiado abstracta nos aleja de la vida, olvidando que, como dijo no recordamos quién, el derecho es para la vida, y no la vida para el derecho<sup>221</sup>.*

Al igual que VALLET DE GOYTISOLO, VIRGILI SORRIBES ejerció como notario en Cataluña durante los años cuarenta del pasado siglo. Según él mismo relató, a modo de introducción, uno de los problemas más dificultosos que le deparó su vida de notario fue el de enfrentarse, con cada cambio de destino, a nuevas prácticas y costumbres jurídicas<sup>222</sup>, entre las que destaca el pacto de sobrevivencia.

La vida útil del pacto de sobrevivencia en aquel entonces es lo primero que nos llama la atención tras leer las palabras de VIRGILI. Al

---

<sup>221</sup> VIRGILI SORRIBES, F., *op. cit.*, pag. 336.

<sup>222</sup> VIRGILI SORRIBES, F., *op. cit.*, pag. 332.

igual que ocurre con los textos de VALLET, de su trabajo se desprende la inmediatez y frecuencia del uso del pacto de sobrevivencia, tal y como se revela en expresiones como “acabamos de autorizar escritura de compraventa a favor de unos cónyuges por mitad y pro indiviso y con pacto de sobrevivencia”<sup>223</sup>, o bien al afirmar que se trata de una “institución en plena pujanza en el Distrito notarial de Santa Coloma de Farnés, sobre todo en su marina – Blanes, lloret de Mar, Tossa de Mar-, goza de gran predicamento, muy singularmente entre los adquirentes modestos y sin hijos”<sup>224</sup>. Tales expresiones revelan un uso real y continuo del pacto de sobrevivencia, frecuente incluso como ambos notarios reconocen, poniendo de manifiesto una institución práctica y viva.

Pero centrándonos propiamente en el estudio jurídico del trabajo de VIRGILI DE SORRIBES, y dejando a un lado la cuestión de su coincidencia temporal, espacial y profesional con VALLET DE GOYTISOLO, debemos reconocer que el estudio que VIRGILI SORRIBES dedicó a la compraventa con pacto de sobrevivencia no es ni tan minucioso ni tan detallado como el de VALLET. Ahora bien, tampoco creemos que lo pretendiera, máxime cuando él mismo reiteró en varias ocasiones que su punto de vista era eminentemente práctico.

El punto de partida de VIRGILI SORRIBES, sin duda alentado por esa motivación de carácter práctico, fue sin lugar a dudas el atacar frontalmente las conclusiones de VALLET DE GOYTISOLO y, en concreto, su tesis unitaria.

No creyó VIRGILI SORRIBES que debiera hablarse en modo alguno de un único negocio jurídico inescindible, pues a su juicio la naturaleza jurídica del pacto de sobrevivencia se revela en la concatenación de dos negocios jurídicos claramente distintos y superpuestos: por un lado, un contrato oneroso y conmutativo (la compraventa), y por el otro un contrato oneroso y aleatorio (el pacto de

---

<sup>223</sup> *Ibidem.*

<sup>224</sup> *Ibid.*, pag. 336.

sobrevivencia)<sup>225</sup>.

A la hora de defender y fundamentar su postura, no dudó VIRGILI en acudir a su experiencia como notario autorizante de las escrituras de compraventa en las que se incluía el pacto, revelando que, desde su privilegiado punto de vista, la actitud del vendedor frente al pacto era siempre de *indiferencia*, dando a entender con esto que no era ese asunto suyo y que en nada iba a afectarle, ya que realmente no vendía al sobreviviente, sino a los consortes en conjunto, dando lugar a dos negocios jurídicos diferentes. Esto supone, evidentemente, el rechazo más directo a la tesis de VALLET del vendedor como protagonista del pacto.

Este planteamiento, a su entender, encontraba además perfecto acomodo en las formulas notariales más usuales del momento, tales como “compran por mitad y pro indiviso y el sobreviviente en cuanto a la totalidad” o “compran por mitad y con pacto de sobrevivencia”, expresiones estas empleadas por él mismo y que en modo alguno implicaban el hecho de que, como defendía VALLET, se vendiera a los dos y al que sobreviva, al dar perfectamente a entender que la venta se efectúa a los dos cónyuges en conjunto, siendo a continuación ellos quienes de forma inmediata acuerdan entre sí el pacto de sobrevivencia, con total independencia ya del vendedor, y como propietarios de la cosa recién adquirida. Un planteamiento no sólo radicalmente distinto al defendido por VALLET, sino desdeñado previamente por este.

A fin de fundamentar con mayor precisión sus conclusiones, VIRGILI SORRIBES rechazó de plano que pudiéramos encontrarnos ante cualquier tipo de donación, por entender que los cónyuges, al contrario de lo que defendió VALLET, actuaban no movidos por el ánimo de protegerse, sino más bien por puro egoísmo, dado que ninguno de los dos consentiría en incluir el pacto si el otro no lo hacía a su vez, lo que a su entender excluía toda posibilidad de apreciar la más remota liberalidad en el acto, y confería al pacto el carácter oneroso

---

<sup>225</sup> *Vid supra*, en este mismo capítulo, apartado II, subapartado 2.1.3.3, en el que se ha profundizado en los conceptos de contrato oneroso y contrato aleatorio.

defendido<sup>226</sup>.

Desde este punto de vista, la causa de la inclusión del pacto de sobrevivencia en la compraventa no parece ser sino el puro afán de cada adquirente de sobrevivir al otro para constituirse en definitiva en total propietario. Algo con lo estoy en franco desacuerdo.

Además, y siguiendo con la refutación de la donación como solución plausible, VIRGILI echó también de menos, junto al referido *animus donandi*, el empobrecimiento de uno con el consiguiente enriquecimiento del otro, inherente a aquellas. A su modo de ver, esto nunca podría producirse en estas particulares ventas, pues la muerte, entre otras cosas, nos arrebatara para siempre incluso la posibilidad de empobrecernos, de modo que ninguno se empobrecería al abandonar su patrimonio la mitad indivisa pactada precisamente en el momento de producirse el fallecimiento.

Rechazada, pues, la posibilidad de que definir el pacto como una donación, la solución de VIRGILI SORRIBES es la ya apuntada: que nos encontramos ante un contrato oneroso y aleatorio.

“Para nosotros se trata sencillamente de un contrato oneroso y aleatorio o, mejor dicho, de un doble negocio jurídico. Por uno - oneroso conmutativo -, el vendedor transmite a cada uno de los compradores una mitad indivisa de la finca. Por el otro – oneroso y aleatorio -, los compradores estipulan que el sobreviviente será dueño absoluto de la finca comprada”<sup>227</sup>.

Puede ser interesante resaltar que se decanta por el contrato aleatorio frente al contrato condicional simple, porque en este segundo tipo de contrato puede producirse que no haya pérdida ni ganancia si la

---

<sup>226</sup> VIRGILI SORRIBES, F., *op. cit.*, pag. 333. Junto a este “afán de apropiación *post-mortem*”, si se nos permite llamarlo así, también reconoce VIRGILI como causa de inclusión del pacto de sobrevivencia en las escrituras de compraventa la intención de ahorrarse los adquirentes hacer testamento. Al reconocer ese interés dominante, sin embargo, y revelar luego ese ánimo de adquisición definitiva, VIRGILI bien comete una ligera contradicción al admitir dos causas distintas e inconexas (de un lado el ánimo de aumentar el patrimonio, de otro el simple ahorro de los testamentos), o bien simplemente expone dos causas de otorgamiento que, ciertamente, muy bien podrían superponerse y coexistir en el ánimo del celebrante.

<sup>227</sup> VIRGILI SORRIBES, F., *op. cit.*, pag. 337.



condición no llega a realizarse, extremo que no puede ocurrir en el contrato aleatorio (en el que descubre el juego de dos obligaciones condicionales y contradictorias), ya que es inherente al mismo que una de las dos partes gane o pierda en función de que algo suceda o no.

Dicho de un modo más simple: mientras que el contrato sometido a condición puede no llegar a producir efectos si la condición no se cumple, en el aleatorio siempre se producirá el efecto pactado, a favor de una parte o de otra.

A modo de breve conclusión, simplemente queremos destacar en este punto la iniciativa de VIRGILI de, contraponiéndose a la opinión de VALLET, justificar una explicación radicalmente distinta, que además se va a convertir en la mayoritaria con el paso del tiempo. La defensa del pacto de sobrevivencia no como un apéndice sujeto a la voluntad del vendedor, sino como un negocio jurídico independiente protagonizado por los dos compradores, tiene su arranque dogmático aquí, con su primera fundamentación seria. Al igual que el estudio de VALLET es pionero en el estudio científico y detallado del pacto de sobrevivencia, el de VIRGILI tiene el privilegio de ser el primero que se detiene en desarrollar la tesis dualista y hablar de negocios diferentes.

Por otro lado, y con esto terminamos, nos llama poderosamente la atención que, independientemente de lo encontradas e irreconciliables que son las posturas de los dos autores que hemos estudiado, la mera percepción del fundamento del pacto de sobrevivencia, de su causa, varía enormemente de uno a otro: lo que para VALLET está dominado por el intento de paliar las injusticias que tenían que sufrir las mujeres como consecuencia del régimen de separación de bienes, para VIRGILI nos es sino un acto egoísta y ráciano, en el que cada uno no espera sino ser el dueño del todo el día de mañana y, de paso, ahorrarse un dinero evitando hacer testamento.

### **2.3. ALVARO CALVO SORIANO: Tesis dualista. Pacto capitular**

*La verdadera calificación de un negocio reside en su naturaleza propia, y no en la denominación más o menos acertada con que se le haya calificado*<sup>228</sup>.

#### **2.3.1. Punto de partida**

El origen del estudio de CALVO SORIANO no se aleja demasiado del de sus dos compañeros de profesión ya estudiados: al igual que VALLET DE GOYTISOLO y VIRGILI SORRIBES, CALVO SORIANO conoció, y autorizó, el pacto de sobrevivencia durante el ejercicio de la actividad notarial en Cataluña, en su caso, concretamente, en el Distrito de Figueras (Girona)<sup>229</sup>. Este reiterado hecho, esto es, la profesión de notario de los principales autores que iniciaron y desarrollaron el estudio científico del pacto de sobrevivencia, como ya hemos apuntado, pone de manifiesto, junto a la evidente importancia del notariado en la constatación y fundamentación del pacto de sobrevivencia, cuya vida útil y jurídica se desarrolló, según podemos comprobar, al amparo de la práctica notarial hasta bien entrada ya la segunda mitad del siglo XX, con la promulgación de la Compilación de Derecho Foral Catalana, la también evidente importancia de la costumbre, así como la vitalidad y agilidad de su aplicación práctica más allá del Derecho escrito, pues en los tres casos estudiados fue y la propia iniciativa e inquietud del pueblo catalán, en el ejercicio del Derecho privado consuetudinario, la que dio a conocer a estos tres notarios la figura que ahora estudiamos. En este sentido, CALVO SORIANO destacó del pacto de sobrevivencia, tras sorprenderse con el reiterado y demandado uso del mismo, “su escasísimo ropaje

---

<sup>228</sup> CALVO SORIANO, A., *op. cit.*, pag. 390.

<sup>229</sup> *Ibid.*, pags. 361 y siguientes.

formal y la ausencia de encuadramiento técnico”<sup>230</sup>.

Cabe hacer de nuevo hincapié en que precisamente estos dos factores indicados por CALVO, su habitualidad y su exíguo desarrollo legal y doctrinal, son las dos características primordiales del pacto de sobrevivencia en esta primera fase de vida “recién descubierta para la doctrina científica”, si se nos permite la expresión. No dudamos que sin duda fue esta particular realidad jurídica la que más motivó el estudio de estos sagaces autores.

El punto de partida del que arranca el estudio de CALVO SORIANO, como él mismo reconoció de entrada y sin tapujos, tuvo una doble motivación: por un lado, combatir la tesis unitaria de VALLET DE GOYTISOLO, y, por otro, desde la defensa de la posición dualista, demostrar la naturaleza capitular del pacto de sobrevivencia.

Su opinión respecto de la primera de estas cuestión, de un modo resumido antes de adentrarnos en su desarrollo, fue que no puede configurarse la compraventa con pacto de sobrevivencia como un negocio unitario, ya que junto al negocio principal o compraventa, aparece superpuesto el pacto de supervivencia, independiente del primero, con el que mantiene una unión simplemente externa. En esto, si hacemos memoria, coincide plenamente con VIRGILI SORRIBES.

Ahora bien, reconocida esta dualidad, su intuición es que el pacto de sobrevivencia constituye *un pacto de carácter capitular*, y en torno a esta idea vertebrará su discurso, de modo que se convierte, tanto desde el punto de vista expositivo como dogmático, en apoyo fundamental y principal ariete argumental de su ataque contra VALLET. Desde esta posición, CALVO describió el pacto de sobrevivencia como “típicamente catalán en su origen y su vitalidad consuetudinaria, y que su auténtico carácter es el de un verdadero pacto capitular de viudedad”<sup>231</sup>.

Finalmente, cabe adelantar en esta introducción que tras reconocer su naturaleza capitular, CALVO SORIANO admitió la

---

<sup>230</sup> CALVO SORIANO, A., *op. cit.*, pag. 361.

<sup>231</sup> *Ibid.*, pag. 362.

posibilidad de que el pacto se otorgara bien entre cónyuges, bien entre personas carentes de cualquier vínculo familiar, sin que ello fuera obstáculo para la validez del mismo, planteándose a continuación su viabilidad tanto al amparo del Derecho Foral catalán, como bajo el imperio del Código Civil. Veamos.

### **2.3.2. Impugnación de la teoría del negocio unitario. La Teoría de Causa**

A la hora de fundamentar su argumentación a favor de la tesis dualista, CALVO SORIANO desarrolló un interesantísimo estudio de la causa como elemento fundamental del contrato, estudiándola tanto desde el punto de vista económico como subjetivo.

Este punto de partida no deja de ser osado y atractivo. Si por algo se ha ganado merecida reputación la llamada *teoría de la causa* es por su reconocida complejidad, al constituir una de las cuestiones más problemáticas del Derecho privado<sup>232</sup>, que arrastra desde la Edad Media

---

<sup>232</sup> DE CASTRO Y BRAVO, F., *El Negocio Jurídico*, El Negocio Jurídico, Civitas, Madrid, 1991, pag. 164, se refiere a la causa como un concepto “incomprensible y hasta misterioso”, objeto de “continuada y al parecer interminable discusión”.

CASTAN TOBEÑAS, J., *Derecho Civil Español, Común y Foral*, Tomo I, Vol. 2º, Tomo I (*Introducción y Parte General*), Volumen Segundo, Reus, S.A., Madrid, 1971, pag. 672 considera toda la teoría de la causa como “una de las más confusas del Derecho civil”. Lo reitera en *Derecho Civil Español, Común y Foral*, Tomo III, *op. cit.*, pags. 423 y 424: “es la teoría de la causa (...) una de las más confusas del Derecho Civil”.

DIEZ-PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, Tomo IV, Civitas – Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2010, pag. pag. 255, la tilda como “uno de los más oscuros (conceptos), confusos y difíciles de aprehender, de la doctrina y de la técnica del Derecho Civil”.

ALBALADEJO GARCIA, M., *El Negocio Jurídico*, Bosch, Barcelona, 1958, pag.195 reconoce que se trata de “un punto discutidísimo”. Reitera esta opinión en *Derecho Civil I, op. cit.*, pag. 458.

RAMS ALBESA, J. y otros, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, dirigidos por ALBALADEJO GARCIA, M., Tomo XVII, Volumen 1º-B, Artículos 1.261 a 1.280 del Código Civil, Madrid, Edersa, 1993, pags. 39 y 40. Reconoce esta materia “con merecida fama de complicada y en algunas de sus formulaciones teórico-doctrinales con presentación bastante abstrusa”, para continuar advirtiendo que “lo peor de este asunto, si así puede hablarse, es que, además de tener el término *causa*, en el propio Código civil, diferentes valores semánticos: multívocos y equívocos; su tratamiento da lugar a la aparición de posiciones encontradas en juristas que profesan una misma o muy próxima concepción del Derecho civil”.

CLAVERIA GOSALBEZ, L.H. y otros, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, dirigidos por ALBALADEJO GARCIA, M., Tomo XVII, Volumen 1º-B, Artículos 1261 a 1280 del Código Civil, Madrid, Edersa, 1993, pag. 520: “el tema

toda una compleja problemática derivada de la conjunción de elementos jurídicos, filosóficos y semánticos<sup>233</sup>. Problemática que se extiende hasta su misma admisión como requisito del negocio jurídico en general, y del contrato en particular<sup>234</sup>.

El propio CALVO SORIANO no se mostró ignorante respecto a la enorme complejidad que envuelve la causa, al reconocer “la gran oscuridad que reina en torno a ese concepto, tanto en su aspecto doctrinal como en el positivo”<sup>235</sup>. Sin embargo, esto no supuso óbice alguno para admitir a la vez que “el punto básico en que me he de apoyar para combatir la tesis del negocio unitario es la teoría de la causa del negocio jurídico”<sup>236</sup>, lo que puede darnos una idea de lo arriesgado y, a la vez, estimulante, de su formulación<sup>237</sup>.

---

de la causa ha sido, en los últimos cien años, objeto de discusión interminable en la doctrina

<sup>233</sup> DE CASTRO Y BRAVO, F., *El Negocio Jurídico*, op. cit., pag. 165.

<sup>234</sup> Así lo reconoce CLAVERIA GOSALBEZ, L.H., op. cit., pag. 520: “Tan grande ha sido y sigue siendo el desconcierto ante el problema en cuestión que algunos importantes autores, ya en los primeros años del presente siglo, cuestionaron la admisibilidad y la utilidad de dicho concepto”. En tal sentido, por ejemplo RAMS ALBESA, J., op. cit., pag. 40, quien no duda en afirmar que “me parece evidente que la exigencia requisital de la *causa de la obligación que se establezca* en el contrato no puede ser un verdadero requisito esencial o elemento estructural necesario para la existencia de éste”

<sup>235</sup> CALVO SORIANO, A., op. cit., pag. 363.

<sup>236</sup> *Ibidem*.

<sup>237</sup> Como es bien sabido, la misma identificación de la causa como elemento del negocio jurídico no está exenta de polémica. Así, para una parte de la doctrina (véase por todos DE CASTRO Y BRAVO, F., *El Negocio Jurídico*, pags. 185 a 196), la causa constituye un elemento de todo negocio jurídico, al ser identificada con el resultado perseguido por las partes, y necesitado de amparo jurídico. Tal distinción cobra especial relevancia práctica en cuanto permite la determinación de la ineficacia de aquellos negocios que, siendo formalmente perfectos, se aparten del resultado social amparado por el Derecho, introduciendo así en los mismos la posibilidad de que sean sancionados por simulación, si falta la causa, o fraude de ley, cuando aquella sea ilícita.

Para otra parte de la doctrina, en cambio (así ALBALADEJO GARCIA, M., *El Negocio Jurídico*, op. cit., pags. 199 a 201, o CASTAN TOBEÑAS, J., *Derecho Civil Español, Común y Foral*, Tomo I, Vol. 2º, op. cit., pags. 672 y 673), la causa sólo es objeto de consideración respecto de los negocios patrimoniales, o de disposición patrimonial, al entenderse, a partir del artículo 1274 del Código Civil, que la causa se refiere no al negocio en sí, sino a la atribución patrimonial favorable que se persigue, de modo que constituye el fin inmediato y objetivo a que la misma se dirige, diferente del mero consentimiento, que es propio del resto de negocios jurídicos.

Finalmente, un tercer sector de la doctrina considera la causa un elemento esencial no del negocio en general, sino exclusivamente del contrato, en cuya sede ha de concretarse su estudio (por todos, LACRUZ BERDEJO, J.L., DELGADO ECHEVERRÍA, J., y otros, *Elementos de Derecho Civil. Parte General*, Volumen T, op. cit., pag. 193 a 197). Defienden que mientras en los contratos es necesario atribuir a la

A modo de establecer aunque sea una somera base sobre la que desarrollar la teoría de CALVO SORIANO, creemos que conviene, en primer lugar, recordar lo que por *causa* entiende el Código Civil.

Como es bien sabido, el artículo 1261 establece cuales son los requisitos necesarios para la existencia del contrato, citando en tercer lugar la *causa de la obligación que se establezca*<sup>238</sup>. Tal exigencia implica, en consecuencia, que la ausencia de la causa imposibilita el nacimiento de una auténtica relación contractual, de modo que el aparente negocio jurídico constituido no podrá producir los efectos perseguidos, que en modo alguno serán exigibles, tal y como reconoce al artículo 1275 del mismo Código<sup>239</sup>, siendo esta también la interpretación asentada por la jurisprudencia del Tribunal Supremo<sup>240</sup>.

Ahora bien, si tanta es la importancia concedida a la causa, sin cuyo concurso desaparece el negocio jurídico: ¿cuál es su significado exacto?

El propio Código Civil, en su artículo 1274, establece su propia definición, no demasiado afortunada a juicio de la opinión mayoritaria de la doctrina, al indicar:

*En los contratos onerosos se entiende por causa, para cada parte contratante, la prestación o promesa de una cosa o servicio por la otra parte; en los remuneratorios, el servicio o beneficio que se remunera, y en los de pura beneficencia, la mera liberalidad del bienhechor.*

CLAVERIA GOSALVEZ crudamente opina del citado artículo que

---

causa el interés perseguido y merecedor de tutela, en el resto de negocios bastaría simplemente con cumplir el tipo fijado y tutelado previamente por el ordenamiento jurídico, pues no se hace necesario justificar el interés que mueve a las partes.

<sup>238</sup> **Artículo 1261:** *No hay contrato sino cuando concurren los requisitos siguiente:*

- 1.º *Consentimiento de los contratantes.*
- 2.º *Objeto cierto que sea materia del contrato-*
- 3.º *Causa de la obligación que se establezca.*

<sup>239</sup> **Artículo 1275:** *Los contratos sin causa, o con causa ilícita, no producen efecto alguno. Es ilícita la causa cuando se opone a las leyes o a la moral.*

<sup>240</sup> En la sentencia de 25 de mayo de 1.944, ya se refiere a la causa como elemento constitutivo esencial de los contratos.

de su lectura atenta no puede llamarnos la atención sino “su falta de coherencia interna, de unidad y de rigor conceptual”<sup>241</sup>. Critica este autor que no se da un concepto armónico de causa, sino tres diferentes, que atienden a distintos criterios y que, además, resultan insuficientes, pues dejan fuera muchos posibles tipos de contratos<sup>242</sup>.

Tratando de definir el concepto de *causa*, CASTAN opina que esto no es posible de un modo genérico, sino que hay que atender a las distintas teorías desarrolladas en torno a la misma. Así, para la *teoría clásica de la causa contractual*, desarrollada a partir del pensamiento de los autores franceses DOMAT y POTHIER, está se caracteriza por lo siguiente:

“1º Se trata de causa de la obligación, no del contrato.

2º Se encuentra en relación inmediata y directa con esta obligación, de la cual es la *causa próxima*.

3º Forma *parte integrante del contrato*”<sup>243</sup>.

Según reconoce CASTAN, “la causa clásica es una causa intrínseca y específica, siempre la misma para cada categoría jurídica determinada”<sup>244</sup>.

Sin embargo, como se ha indicado, no es esta la única teoría sobre la causa, y así buena parte de la doctrina ha precisado que la determinación de la naturaleza de la misma puede abordarse desde tres perspectivas: la objetiva, la subjetiva y la unitaria<sup>245</sup>.

*La teoría objetivista de la causa de los negocios jurídicos, o teoría*

---

<sup>241</sup> CLAVERIA GOSALVEZ, L.H., *op. cit.*, pag. 530.

<sup>242</sup> *Ibidem*. Sin ser nuestra intención profundizar en la crítica desarrollada por la doctrina sobre el citado artículo, simplemente añadiremos, a modo de ejemplo, como CLAVERIA, ahondando en la cuestión, destaca como para los contratos onerosos se atiende al elemento objetivo y se configura la causa como “causa final”, mientras que en los gratuitos se presta atención al elemento subjetivo y la causa aparece como “causa eficiente”, precisando además que la distinción entre contratos remuneratorios y de pura beneficencia es cuestionable.

<sup>243</sup> CASTAN TOBEÑAS, J., *Derecho Civil Español, Común y Foral*, Tomo III, *op. cit.*, pag. 674.

<sup>244</sup> *Ibidem*.

<sup>245</sup> Así: ALBALADEJO GARCIA, M., *El Negocio Jurídico*, *op. cit.*, pags 195 a 198; DE CASTRO Y BRAVO, F., *El Negocio Jurídico*, *op. cit.*, pags. 179 a 183 y 189 a 191; BETTI, E., *Teoría General del Negocio Jurídico*, Comares, Granada, 2000, pags. 157 a 163, y el propio CASTAN TOBEÑAS, J., TOBEÑAS, J., *Derecho Civil Español, Común y Foral*, Tomo I, Vol. 2º, *op. cit.*, pags. 673 a 678 y 680 a 685.

de la causa como función o fin económico-social, pasa a considerar la causa, si bien manteniendo el criterio objetivo de la causa clásica, esto es, el de fin específico, abstracto y genérico de todo negocio jurídico en general, como la motivación o finalidad económica-jurídica-social del mismo. CASTAN, citando a RUGGIERO, indica que “la causa es el fin o función económico-jurídico que objetivamente realiza el negocio, en vista del cual, y para protegerlo, concede el Derecho su reconocimiento a la voluntad privada”<sup>246</sup>.

La *teoría objetivista*, en su vertiente alemana, entiende que la causa es “el *elemento teleológico o causa final* de la atribución patrimonial, que confiere significado jurídico al negocio mediante el que se efectúa esa atribución”<sup>247</sup>

La *teoría subjetivista* ofrece un planteamiento radicalmente distinto, pues da mayor importancia al aspecto psicológico de las partes que celebran del contrato, de modo que trasciende la dimensión objetiva de fin específico, abstracto y genérico, permanente en cada categoría contractual (que no obstante hay que considerar), para destacar la finalidad concreta perseguida por los contratantes<sup>248</sup>.

Finalmente la concepción unitaria trata de aunar las tesis subjetiva y objetiva, destacando que ambas constituyen elementos parciales de una visión más amplia, de modo que, en lugar de componer concepciones contradictorias, son compatibles entre sí.

A la vista de esta diversidad de teorías, ALBALADEJO recuerda la afirmación del Tribunal Supremo de que “no hay causa, sino causas”<sup>249</sup>, y refuerza su opinión citando la diversa jurisprudencia del mismo, que

---

<sup>246</sup> CASTAN TOBEÑAS, J., *Derecho Civil Español, Común y Foral*, Tomo III, *op. cit.*, pag. 675.

<sup>247</sup> CASTAN TOBEÑAS, J., *Derecho Civil Español, Común y Foral*, Tomo III, *op. cit.*, pag. 676.

<sup>248</sup> ALBALADEJO GARCIA, M., *El Negocio Jurídico*, *op. cit.* pags. 196 a 198, precisa que en las dos primeras tendencias confluye una importante variedad de tesis, de modo que no se agotan en un solo planteamiento. Y destaca que mientras la causa objetiva se caracteriza por ser invariable para cada tipo de negocio, constituyéndose en fin o razón genérica de cada tipo negocial, abstracta y permanente, la causa subjetiva es siempre variable, pues constituye la finalidad concreta que cada uno persigue con el negocio celebrado en particular.

<sup>249</sup> ALBALADEJO GARCIA, M., *Derecho Civil I*, *op. cit.*, pag. 468.



unas veces se decanta por la tesis objetiva, y otras por la subjetiva<sup>250</sup>.

### **2.3.3. La Teoría de la Causa en CALVO SORIANO como modo de impugnar la teoría del negocio unitario**

Contando con estos antecedentes, que de manera tan esquemática he expuesto, tan solo con el ánimo de poder desarrollar adecuadamente la teoría de CALVO SORIANO, dicho autor emprendió la defensa de la tesis dualista. Para ello, tomó como punto de partida la teoría de la causa, estudiándola desde las perspectivas económica y subjetiva.

#### **2.3.3.1. La teoría de la causa económica u objetiva**

La teoría de la causa económica u objetiva, aplicada al ámbito de las transmisiones patrimoniales, nos permite diferenciar dos grandes grupos de entre las mismas: las transmisiones *inter vivos* y las *mortis causa*<sup>251</sup>.

En primer lugar, las transmisiones *inter vivos* pueden ser onerosas, bien *solvendi causa* o de pago, bien *credendi causa* o de crédito, y gratuitas, o *donandi causa*; cada una de ellas contiene o desarrolla una motivación o justificación típica y abstracta.

Según expone el propio CALVO, la causa *solvendi* se caracteriza por la “existencia anterior de una promesa o prestación a favor del sujeto que realiza el negocio solutorio”<sup>252</sup>, siendo esto lo que justifica tanto desde el punto de vista económico como jurídico su propia prestación o promesa. La causa *credendi*, en cambio, parte de la

---

<sup>250</sup> *Ibid*, pags. 468 y 469.

<sup>251</sup> Al estudiar el negocio jurídico, BETTI, E., *op. cit.*, pag. 163, entiende que este requiere, por un lado, de una estructura definida, que lo dote de forma y contenido, y, por otro, de una función o justificación. Esa función es lo que se denomina “causa”, que constituye la razón del negocio jurídico, y que está en comunión con el contenido del mismo, aunque sin confundirse. Desde esta perspectiva, la causa constituiría “la función económico-social que caracteriza el tipo de negocio como acto de autonomía privada (típica en este sentido), y determina su contenido mínimo necesario”.

<sup>252</sup> CALVO SORIANO, A., *op. cit.*, pag. 365.

inexistencia previa de una situación patrimonial que justifique una prestación o promesa, de modo que esta surge a la vez para ambas partes. Finalmente, la causa *donandi*, carente del equilibrio económico que rige las dos anteriores, está dominada por el *animus donandi* de una de las partes (el donante), de modo que es la propia liberalidad de este la que justifica el negocio.

En los tres casos, como elemento diferenciador esencial entre una categoría y otra, aparece la contraprestación, esencial como elemento configurador de las onerosas, e inexistente entre las gratuitas.

Si por contraprestación entendemos aquello que una de las partes debe a la otra por razón de lo que ha recibido de ella o va a recibir, su función diferenciadora es clara: aquel que recibe algo de forma gratuita, por esencia, nunca deberá nada al que se lo dio; justo lo contrario de lo que ocurre cuando alguien recibe una cosa de quien espera una retribución por ello, normalmente pactada de antemano.

En cuanto a las transmisiones *mortis causa*, se caracterizan por ser transmisiones patrimoniales esencialmente gratuitas, pero dominadas por una liberalidad menor, ya que el titular no se desprende de su patrimonio sino tras su propio fallecimiento, momento este en que ya no puede, lógicamente, darle uso ni disfrutarlo.

Teniendo todo esto en cuenta, la opinión de CALVO SORIANO es que la causa económica se revela como auténtico criterio de distinción entre los negocios onerosos y los gratuitos; esto es: no puede existir la liberalidad típica de los negocios gratuitos sin que exista un verdadero ánimo de beneficiar al otro sin recibir nada a cambio; cosa que, por supuesto, jamás ocurre en los onerosos, donde se persigue la reciprocidad de prestaciones. Dicho de otro modo: “toda obligación, al representar un valor patrimonial, debe tener como base una compensación o justificación también económica, o excepcionalmente, un puro deseo de liberalidad”<sup>253</sup>. Desde este punto de vista, ante cualquier sujeto que se plantee efectuar un acto de disposición

---

<sup>253</sup> CALVO SORIANO, A., *op. cit.*, pag. 367.

patrimonial, la teoría de la causa económica sirve para determinar si la finalidad que persigue es onerosa o gratuita (lo que adquiere especial relieve a la vista de los artículos 1275 y 1276 del Código Civil).

A modo de recapitulación, podemos firmar que con la teoría de la causa económica, aplicada a los negocios estrictamente patrimoniales<sup>254</sup>, se pone de manifiesto la necesidad de que exista siempre una prestación económica valorable, que puede ir acompañada de la correspondiente contraprestación (también sujeta a valoración económica), dando lugar a los negocios onerosos, o bien carecer de dicha contraprestación, dado el ánimo de liberalidad del obligado, dando lugar a los negocios gratuitos o de “pura beneficencia”, como dice el Código Civil. Es por ello por lo que CALVO SORIANO afirmó que “la causa económica tiene un juego amplísimo, pues a la vez que justifica la obligación<sup>255</sup>, y en su caso la adquisición patrimonial realizada, constituye también la última *ratio legis* y voluntaria del negocio jurídico productor de aquellas consecuencias”<sup>256</sup>.

### **2.3.3.2. La teoría de la causa subjetiva**

La teoría de la causa subjetiva presta atención a los motivos, a los aspectos psicológicos que determinan a cada cual a celebrar un determinado negocio jurídico.

CALVO señala la causa percibida desde este punto de vista subjetivo se asemeja mucho a la condición. La diferencia entre ambos conceptos estriba en que “la condición es una determinación accesorio de la voluntad que consiste en subordinar los efectos jurídicos del

---

<sup>254</sup> CALVO SORIANO, A., *op. cit.*, pag. 366. Diferenciando entre los negocios patrimoniales y los de familia, el propio CALVO SORIANO afirma que todo lo dicho debe entenderse ceñido exclusivamente a los primeros, pues “el matiz familiar es de esencia más intensa que el puramente económico y trastorna (...) los cuadros clásicos sobre la equidad causal”.

<sup>255</sup> *Ibidem*. Resulta interesante en este sentido la opinión de CALVO SORIANO sobre la diferencia existente entre la causa de la obligación y del contrato. Así, afirma que “la causa de la obligación es el fundamento económico de la misma reconocido por el ordenamiento jurídico. La causa del contrato es el acuerdo sobre esa finalidad humana protegida jurídicamente. La causa que justifica una adquisición radica en su encaje dentro de alguno de los carriles jurídicos reconocidos”.

<sup>256</sup> *Ibid*, pag. 368.

negocio a la realización o no realización de un suceso futuro e incierto, mientras que el motivo causalizado, si bien puede existir o no – sin que afecte, caso de no existir, a la esencial estructura del negocio -, en el supuesto afirmativo causaliza coloreando totalmente la voluntad negocial y no tiene el estrecho margen de futuridad e incertidumbre dentro del que se mueve rígidamente la condición”<sup>257</sup>.

Así entendida, la causa subjetiva sirve de complemento al concepto de causa objetiva o económica, que matiza. En su opinión, la utilidad, y necesidad, de reconocer estas dos facetas de la causa se hace especialmente evidente a la vista del artículo 1275 del Código Civil en relación con el 1116, pues resulta determinante la intención o voluntad de las partes para incurrir en alguno de sus supuestos<sup>258</sup>.

#### **2.3.3.3. La causa en el Código Civil**

Dejando de lado la discusión clásica de si la causa requerida por el artículo 1261 se refiere a la obligación o al contrato, CALVO se decanta directamente por la interpretación literal de dicho artículo, de modo que el contrato genera la obligación, que ha tener una causa para que aquel quede válidamente constituido. De esta forma, “el mero acuerdo de voluntades no basta para crear la obligación si no hay también acuerdo sobre el fundamento y fin jurídico de esa obligación que se pretende originar”<sup>259</sup>.

La causa, tal y como la entiende CALVO, cumple entonces una doble finalidad: por un lado se configura como *causa eficiente*, que sirve de origen a la obligación del contrato, y por otro *causa finalis*, que se concreta en la finalidad querida por los contratantes. Desde esta perspectiva, la causa engloba tanto la exigencia legal de que

---

<sup>257</sup> CALVO SORIANO, A., *op. cit.*, pag. 369.

<sup>258</sup> **Artículo 1275:** *Los contratos sin causa, o con causa ilícita, no producen efecto alguno. Es ilícita la causa cuando se opone a las leyes o a la moral.*

**Artículo 1116:** *Las condiciones imposibles, las contrarias a las buenas costumbres y las prohibidas por la ley anularán la obligación que de ellas dependa.*

*La condición de no hacer una cosa imposible se tiene por no puesta.*

<sup>259</sup> CALVO SORIANO, A., *op. cit.*, pag. 370.

únicamente determinados fundamentos sirven para justificar una determinada transmisión patrimonial, cuanto la voluntad individual de los contratantes, que velando por sus propios intereses admiten la presencia de dichos fundamentos, o dan pie a ellos.

CALVO SORIANO, además, interpreta el artículo 1274 del Código Civil como la plasmación directa de la teoría de la causa económica, al clasificar los contratos en atención a la causa como *onerosos, gratuitos y remuneratorios*. Esta interpretación, a su vez, es adecuada también al 1275, ya que la afirmación de que los contratos sin causa son ineficaces precisamente redundaría en la necesidad de que en todo contrato exista “un fundamento económico entre los preestablecidos por la ley y destinado a justificar la obligación asumida o la transmisión realizada”<sup>260</sup>. Es decir, dado que el 1274 acude a una clasificación que se basa en la causa económica, la ley exige tal por la vía negativa que sin dicha causa no hay contrato.

Tras considerar todo lo dicho hasta aquí, CALVO SORIANO se posiciona sin ambages: la teoría de la causa objetiva o económica sirve como fundamento fijo y constante del concepto de causa, actuando esta como el fundamento genérico que es inherente a todo negocio jurídico en abstracto, de modo que se hace susceptible de una regulación positiva, mientras que la teoría de la causa subjetiva actúa como complemento de aquella, incidiendo en el aspecto individual y concreto de cada celebrante, pero que necesariamente ha de apuntar hacia la causa objetiva, pues de lo contrario nos encontraríamos con la problemática de la ausencia de causa, la causa ilícita o la causa falsa de los artículos 1275 y 1276. Así pues, causa “objetiva” y “subjetiva” abarcan dos facetas distintas del concepto genérico de “causa”, de modo complementario, aunque la causa “objetiva” tiene una mayor trascendencia desde el punto de vista de la regulación normativa, por las características inmutables que le son inherentes.

---

<sup>260</sup> CALVO SORIANO, A., *op. cit.*, pag. 371.

#### **2.3.3.4. Impugnación de la teoría unitaria**

A través del prisma de la teoría de la causa económica, CALVO SORIANO argumenta que la compraventa con pacto de sobrevivencia es incompatible con la consideración de que sea el vendedor la fuente que autoriza y origina dicho pacto. Esto es así porque “el pacto de sobrevivencia no puede justificarse a través de la posición recíproca vendedor-compradores, porque en los contratos onerosos, máxime en su categoría conmutativa, de la que es negocio tipo la compraventa, no solamente existe lucha de intereses por ambas partes, sino que, además, necesariamente implican una fórmula negocial de compensación al correlativo sacrificio económico, lo cual constituye su explicación causal. No cabe admitir en estas relaciones un sacrificio patrimonial sin que exista una compensación equivalente como contrapartida; el que vende una mitad indivisa de una finca tiene como compensación su precio, pero nada más (...). Lo que no puede ocurrir es que una persona venda a otras dos la propiedad de una finca por mitades indivisas o de otra suerte, cobre el precio exacto que representa el valor de lo transmitido y además condicione o más bien grave -modo o carga- las respectivas adquisiciones de suerte que se provoquen consecuencias aleatorias en los adquirentes, pues en este juego condicional el vendedor se encuentra fuera de toda causa objetiva, es decir, imponiendo sacrificios o al menos alteraciones económicas excepcionales que carecen de compensación por su parte”<sup>261</sup>.

La percepción de CALVO SORIANO es que si esto ocurriera, siguiendo el punto de vista unitario, nos encontraríamos ante un auténtico fideicomiso condicional, donde el fideicomitente sería el vendedor, algo, según su opinión, imposible, pues los fideicomisos no pueden ser impuestos más que en los actos de liberalidad<sup>262</sup>.

---

<sup>261</sup> CALVO SORIANO, A., op. cit., pag. 374.

<sup>262</sup> Sobre la respuesta de VALLET DE GOYTISOLO a esta argumentación algo hemos dicho ya al exponer el pensamiento de este autor, que desarrolla su defensa del fideicomiso contractual en “Las compras con pacto de sobrevivencia en Derecho Catalán”, op. cit., trabajo nacido esencialmente como réplica al que aquí analizamos de CALVO SORIANO.

Además, CALVO SORIANO emplea un nuevo argumento para atacar la tesis unitaria, y es el fuerte *carácter aleatorio* que impregna el pacto de sobrevivencia<sup>263</sup>. Cada comprador adquiere una mitad indivisa y una expectativa sobre la mitad adquirida por el otro, residiendo en esto la aleatoriedad. Pero el vendedor está a salvo de ella. Su “riesgo” se limita percibir el precio, pero a nada más, de modo que la trascendencia del pacto no le afecta, pues vincula y obliga únicamente a los compradores.

A fin de asentar esta conclusión, CALVO SORIANO citó un caso práctico muy ilustrativo: ejerciendo su función de notario, se dio la circunstancia de que dos esposos que habían adquirido una finca con pacto de sobrevivencia quisieron *revocar* dicho pacto. El dilema que inmediatamente se le planteó a CALVO fue que si consideraba al vendedor como sujeto creador del pacto, según la tesis de VALLET DE GOYTISOLO, su concurso se haría imprescindible; pero, de no ser así, esto es, de considerarlo ajeno al mismo, sino producto exclusivo de los compradores, en ningún caso sería necesaria su concurrencia.

Tras considerarlo detenidamente, CALVO SORIANO resolvió que ambos cónyuges podían revocar el pacto de forma válida y suficiente, sin necesidad de recurrir al vendedor, entendiendo así que el pacto era exclusivo de los adquirentes, y que en modo alguno afectaba a quien transmitió. Resuelto esto, y tras proceder a la resolución del pacto por acuerdo mutuo, la escritura fue inscrita sin problema en el Registro de la Propiedad, hecho este que refrendó su juicio<sup>264</sup>.

Ahora bien, una vez justificada la postura contraria a la tesis unitaria de VALLET, CALVO SORIANO tenía que resolver otra cuestión, tan importante como aquella: dar solución al problema de **la naturaleza jurídica del pacto de sobrevivencia**, entendiéndolo ya, por supuesto, como un negocio jurídico independiente de la venta que lo propicia.

Desde su punto de vista, la solución variaba según nos

---

<sup>263</sup> CALVO SORIANO, A., op. cit., pag. 376.

<sup>264</sup> *Ibid.*, pag. 377.

encontráramos ante una de las tres posibilidades siguientes:

1<sup>a</sup>. Que el pacto fuera establecido por personas no ligadas entre sí por vínculo conyugal.

En este caso, su opinión es que si consideramos el pacto como un negocio *inter vivos*, forzosamente debemos calificarlo como negocio oneroso y aleatorio, lo que a su juicio implicaba la inmediata nulidad del mismo por su identidad con la apuesta, ya que la causa aleatoria, al entender de CALVO, tiene un claro límite, que es el puro azar, siendo este el fundamento de la apuesta y la causa de su ilicitud, por falta de una expectativa recíproca socialmente admisible, a partir de los artículos 1798 y 1799 del Código Civil<sup>265</sup>.

Desde su punto de vista, la esencia de los contratos aleatorios es la relatividad: existen siempre unos datos esenciales que alejan el puro azar y configuran unos límites de previsión más o menos claros, lo que no ocurre con el juego o la apuesta. Dicho azar, entiende, aparece en el pacto de sobrevivencia, lo que conllevaría su ilicitud de ser así considerado. En este sentido, recordamos que el trabajo de CALVO SORIANO fue publicado en 1952, y que ya entonces una de las respuestas que se le dio, por parte de VALLET DE GOYTISOLO, fue que de la regulación del Código Civil no cabía extraer una prohibición genérica de los contratos aleatorios, sino dos concretas prohibiciones del juego y la apuesta<sup>266</sup>. Además, remarcó VALLET que el hecho de existir un desequilibrio en el resultado no comporta la ausencia de equivalencia en la causa: cuando el riesgo es recíproco, hay onerosidad para ambas partes, independientemente del resultado que del *alea* se derive<sup>267</sup>. Por todo ello, no deja de ser sorprendente la conclusión de CALVO SORIANO.

La alternativa que plantea al negocio *inter vivos*, es la de configurar el pacto de supervivencia como dos disposiciones *mortis causa* recíprocamente enlazadas. El punto de partida para tal

---

<sup>265</sup> *Ibid.*, pag. 384: “Cuando el riesgo o ventaja dependen de manera exclusiva del azar la relación causal resulta ilícita, como ocurre en la apuesta, - artículo 1799 en relación con el 1798-”.

<sup>266</sup> VALLET DE GOYTISOLO, “Las compas con pacto...”, *op. cit.*, pag. 298.

<sup>267</sup> *Ibidem*.



conclusión es la evidente analogía que, a su entender, existente entre el testamento mancomunado y el negocio que estudiamos<sup>268</sup>. Sin embargo, se ve forzado a descartar la vía testamentaria “por no haber sido incorporada la voluntad dispositiva a la única forma de expresión que la ley permite”<sup>269</sup>.

El siguiente paso le conduce a la sucesión contractual, que debe ser igualmente rechazada dada la prohibición genérica del artículo 1271 del Código Civil<sup>270</sup>.

Como última alternativa, aparece la donación *mortis causa*, adscribiéndose CALVO SORIANO a la opinión de aquellos<sup>271</sup> que ven en el artículo 620 no la prohibición terminante de tal negocio, sino una posibilidad válida que, prescindiendo del aspecto formal, se regirá por las disposiciones de los legados<sup>272</sup>. De este modo, su solución es que entre extraños únicamente podría plantearse el pacto como dos donaciones *mortis causa* recíprocamente enlazadas.

Ahora bien, el propio CALVO reconoce que tal solución no estaría exenta de problemas: por un lado, su esencial revocabilidad; y, por otro, las posibles analogías con el prohibido testamento mancomunado, y la también prohibida sucesión contractual; y todo ello sin entrar en el problema de determinar al ánimo liberal<sup>273</sup>.

La suma de estas dificultades condujo a que CALVO SORIANO considerara “muy insegura la estabilidad positiva de dicho pacto de sobrevivencia cuando es concluido entre personas ajenas entre sí al

---

<sup>268</sup> CALVO SORIANO, A., *op. cit.*, pag. 385.

<sup>269</sup> *Ibidem*.

<sup>270</sup> *Ibidem*.

<sup>271</sup> Me permito hacer un inciso aquí para comentar que CALVO SORIANO no se hace eco de la posición mayoritaria de la doctrina y jurisprudencia, contraria a la existencia de las donaciones *mortis causa*, y que al rechazar la posibilidad de que el pacto constituya un caso de sucesión contractual por la prohibición general del 1.271 del Código Civil no tiene tampoco en cuenta la sentencia de 16 de Mayo de 1940 del Tribunal Supremo, sobre la que más adelante nos extenderemos, y que interpreta que la prohibición establecida en dicho artículo se refiere única y exclusivamente a los pactos sobre la universalidad de una herencia pero no a pactos sobre “bienes conocidos y determinados existentes cuando tal compromiso se otorgó en el dominio del cedente”.

<sup>272</sup> CALVO SORIANO, A., *op. cit.*, pag. 385.

<sup>273</sup> *Ibid.*, pag. 386.

vínculo conyugal”<sup>274</sup>.

2ª. Que el pacto se establezca por cónyuges sometidos al Código Civil.

Poco útiles resultan en estos tiempos sus conclusiones, pues ha sido significativamente modificado el marco legal que regula las relaciones patrimoniales entre los cónyuges y su régimen económico desde 1952, momento este en que estaban prohibidas las capitulaciones posteriores al matrimonio, el régimen económico matrimonial era inmutable y los cónyuges no podían celebrar entre sí ni donaciones ni compraventas. Por todo ello, nos parece lo más adecuado continuar sin detenernos en efectuar un análisis detallado de sus conclusiones.

3ª. Que el pacto se establezca por cónyuges sometidos al Derecho Civil Catalán.

El enfoque empleado por CALVO SORIANO en este punto es radicalmente distinto del de VALLET, y también del de VIRGILI SORRIBES, ya que CALVO SORIANO afirmó que “su auténtico carácter es el que corresponde a un verdadero pacto capitular de viudedad”<sup>275</sup>.

La argumentación de CALVO parte del ánimo protector de los cónyuges al otorgar el pacto. Nuestro autor opinó que era evidente la intención de los conyuges de acudir al pacto de sobrevivencia para ofrecerse mutua protección entre sí (especialmente a la esposa, por motivos que ya han sido expuestos), algo en lo que coincide con la opinión de VALLET, al contrario de lo que pensaba VIRGILI SORRIBES<sup>276</sup>. Su intuición fue que esta institución está dominada por la cordialidad derivada del afecto mutuo de los esposos.

Una vez establecida esta premisa, la preocupación siguiente no podía ser sino el modo de concretar esa intención de salvaguarda. Para

---

<sup>274</sup> *Ibidem*.

<sup>275</sup> CALVO SORIANO, E., *op. cit.*, pag. 362.

<sup>276</sup> CALVO SORIANO, E., *op. cit.*, pags. 388 y 389. De hecho, el propio CALVO cita un párrafo entero de la obra de VALLET para indicar su plena adhesión a este respecto.

ello, nos dice, existen diversas vías, tales como la posibilidad de otorgar testamento o bien efectuar una donación *mortis causa*, toda vez que, nos recuerda, la intención de ambos es que la eficacia del pacto surta efecto tras la muerte de uno de ellos. Sin embargo, ambas soluciones chocan contra el muro infranqueable de la *revocabilidad unilateral*, algo que defiende no ocurre con los pactos capitulares, pues las capitulaciones matrimoniales “salvan ese riesgo, al injertar con su estructura contractual sustancia irrevocable a los actos a ellas incorporados (...). El otorgamiento capitular es, pues, muy conveniente como soporte estable para la creación de previsiones viduales”<sup>277</sup>.

Desde este punto de vista, su opinión al respecto era que las capitulaciones no necesariamente deben contener un amplio contenido regulador de las relaciones conyugales y familiares, sino que son válido instrumento para albergar pactos concretos relacionados con cuestiones de índole familiar y patrimonial de forma eficiente, tales como las previsiones viduales.

Aceptado esto, su criterio fue que no debería ser obstáculo el hecho de aparecer un pacto capitular “incrustado” en una escritura de compraventa, pues esto sería tanto como exigir al pacto capitular una individualidad de escrituración que no podía ser aceptable ni exigible legalmente. Tampoco le pareció razonable negar el carácter capitular por no estar contenido en la denominación de la institución, pues, como adelantábamos al iniciar este apartado, “la verdadera calificación de un negocio reside en su naturaleza propia, y no en la denominación, más o menos acertada con que se le haya calificado”<sup>278</sup>.

En la defensa de esta configuración, coincide en parte con “la teoría del ahorro” de VIRGILI SORRIBES, pues afirma que su finalidad es aprovechar el otorgamiento de la escritura de compraventa para incluir el concreto pacto capitular, y ahorrarse así los gastos de una nueva escritura, persiguiendo la “máxima economía documental”<sup>279</sup>, como él mismo expresa.

---

<sup>277</sup> CALVO SORIANO, *op. cit.*, pag. 390.

<sup>278</sup> *Ibidem*.

<sup>279</sup> *Ibid.*, pag. 391.

Tras defender en estos términos su carácter capitular e irrevocable, CALVO consideró que la discusión sobre su naturaleza onerosa o gratuita caía en un segundo plano, pues lo verdaderamente relevante era su carácter familiar y de eficacia *mortis causa*. No obstante, tampoco dudó en afirmar, casi al final de su trabajo, que no podía entenderse el pacto de sobrevivencia como un negocio oneroso, toda vez que el ánimo que inspira el pacto “no es el estricto ánimo liberal, sino un ánimo de amor conyugal”<sup>280</sup>.

### **2.3.3.5. Conclusiones**

A modo de resumen, CALVO finaliza su trabajo destacando las consecuencias de considerar el pacto de sobrevivencia como un pacto capitular, independiente de la venta<sup>281</sup>:

- 1.- Irrevocabilidad.
- 2.- Vulnerabilidad frente a legitimarios y acreedores, por su carácter *mortis causa*
- 3.- Adquisición automática por el sobreviviente, que podría inscribir directamente su derecho consolidado acompañando a la escritura donde se incluyó el pacto con un certificado de defunción de su cónyuge (independientemente del trato fiscal que tuviera que recibir dicha consolidación).
- 4.- Total independencia entre los dos negocios jurídicos contenidos en el mismo documento: la venta y el pacto son entendidos como dos negocios independientes, que únicamente se otorgan en un mismo instrumento por razones de comodidad y economía.

En definitiva, y por terminar con palabras del propio CALVO SORIANO: “La fórmula más segura y ortodoxa es sin duda la capitular, por el carácter contractual e irrevocable que inviste a sus disposiciones

---

<sup>280</sup> CALVO SORIANO, A., *op. cit.* pag. 392.

<sup>281</sup> *Ibidem*.

este especial negocio jurídico familiar”<sup>282</sup>.

## **2.4. Otros autores**

Tras la exposición hasta aquí efectuada, mi opinión es que la obra de los tres autores estudiados con más detalle, esto es, VALLET DE GOYTISOLO, VIRGILI SORRIBES y CALVO SORIANO, supone el antecedente más importante y fundamental a la hora de progresar en el estudio de las compraventas con pacto de sobrevivencia. Fueron no sólo quienes estudiaron con mayor detenimiento y profundidad esta institución, por aquel entonces relativamente desconocida, sino también quienes influyeron de un modo más determinante en el posterior desarrollo legislativo y doctrinal de la misma.

Pese a ello, nos parece de justicia hacer aunque sea una referencia residual a las aportaciones de otros autores que escribieron en esta “primera edad” de las compras con pacto de sobrevivencia, anterior a su primera, y polémica, regulación positiva en la Compilación de 1.961, que desde luego cambió profundamente el marco del debate doctrinal, según veremos.

### **Cirilo MARTIN RETORTILLO**

Su primera impresión fue que la compraventa por consortes con pacto de supervivencia “se trata de una modalidad contractual, que a la vez contiene un verdadero pacto sucesorio”<sup>283</sup>.

Preocupado al desarrollar su estudio por el tema impositivo, la inquietud de MARTIN RETORTILLO por descubrir la naturaleza jurídica del pacto de supervivencia estriba en la determinante importancia que la misma tiene a la hora de liquidar el impuesto correspondiente. Por ello, y tras determinar en primer lugar que la compraventa que antecede al pacto no ofrece ninguna duda, debiendo liquidarse simplemente como una compraventa con varios adquirentes (con lo que

---

<sup>282</sup> *Ibid.*, pag. 390.

<sup>283</sup> MARTIN RETORTILLO, C., *op. cit.*, pag. 438.

se adscribe a la tesis dualista), los problemas surgen al llegar al pacto.

En este punto, MARTIN RETORTILLO considera las opiniones de aquellos que estiman que, por efecto de la presunción muciana, el pacto crea una sociedad entre los cónyuges adquirentes, de modo que tendría que liquidarse por un lado la constitución de la sociedad, y por otro la adquisición del superviviente, que se consideraría como una donación.

Pese a admitir que, en principio y con rigor, no cabe hablar del pacto de sobrevivencia como donación, tanto por su carácter irrevocable cuanto porque la tesis mayoritaria que las consideraba *mortis causa* se oponía a la resolución ya estudiada de 19 de mayo de 1.917 de la DGRN, su opinión fue que “el examen de las circunstancias y fines que caracterizan a la institución encaminada en la generalidad de los casos a favorecer al cónyuge poniéndolo a salvo de toda discusión de los herederos del cónyuge que premuere, demuestra el acierto con que vienen procediendo los liquidadores al apreciar que existe una donación entre cónyuges, una adquisición graciosa”<sup>284</sup>.

El efecto, desde el punto de visto impositivo, implicaba una primera liquidación por la compraventa, y posteriormente, tras el fallecimiento de uno de los cónyuges, una segunda liquidación por el valor actual del bien sujeto al pacto, simplemente presentando la misma escritura en la oficina liquidadora correspondiente.

Mi opinión, tras la lectura de lo escrito por MARTIN RETORTILLO, es que realmente consideraba el pacto de supervivencia como un pacto sucesorio, pero que por motivos tanto prácticos (liquidación del impuesto), como jurídicos (problemática de la admisión de los pactos sucesorios), concluyó que lo más útil era identificarlo como donación de eficacia *inter vivos*. Esto tiene una fácil explicación. Si consideramos que la materia principal del trabajo de este autor es un estudio de naturaleza fiscal, nada parece más arriesgado que defender el pacto sucesorio como un supuesto de sucesión contractual, regulado al margen del sistema entonces vigente de heredamientos. La inseguridad derivada de tal consideración es notable.

---

<sup>284</sup> MARTIN RETORTILLO, C., *op. cit.*, pag. 439.

Por ello, entiendo que la decisión que tomó era la más sencilla; o el modo más sencillo de dar respuesta civil y fiscal a lo pretendido por los cónyuges. Dado que lo quieren, en definitiva, es adquirir el pleno dominio del bien sujeto al pacto de supervivencia tras el fallecimiento de uno de ellos, con la consideración del pacto como donación *inter vivos* se resuelven tanto las dudas civiles, ya que tal clase de donación no es discutida, como las fiscales, al tratarse de un impuesto perfectamente definido.

### **José María SANAHUJA Y SOLER**

Al igual que VIRGILI SORRIBES, opinó que nos encontrábamos ante un contrato oneroso y aleatorio, si bien su conclusión es más una opinión somera que una fundamentación bien desarrollada, ya que al estudiar los heredamiento mutuos, como instrumento para defender que no debían considerarse como una donación, señaló que aquellos “guardan afinidad con otras instituciones, como “la venta de un inmueble a los dos esposos por mitad y al sobreviviente de los dos a solas”, el mismo usufructo mutuo y el seguro de vida entre los dos consortes. Son contratos a título oneroso y aleatorio en que cada uno de los contratantes consiente en dejar, en caso de defunción, algo a favor del otro, para ganar otro tanto en caso de supervivencia. La disposición de uno es la contrapartida y condición de la disposición del otro”<sup>285</sup>.

De este modo, todo lo que podemos obtener es un leve apunte, una opinión esbozada rápidamente, aunque concisa y concreta, acerca de la naturaleza jurídica de esta institución.

### **2.5. Conclusiones**

Tras lo hasta aquí expuesto, se evidencia que el marco doctrinal previo a la regulación de las compraventas con pacto de supervivencia en la Compilación de Derecho Civil de Cataluña de 1960

---

<sup>285</sup> SANAHUJA Y SOLER, J.M., *op. cit.*, pags. 385 y 386.

no pudo ser más diverso y dinámico.

Dejando a salvo las conclusiones de SANAHUJA y VIRGILI SORRIBES, ni uno sólo de los autores citados coincide en su diagnóstico sobre la naturaleza jurídica del pacto de sobrevivencia. Si a esto le sumamos el escaso número de los estudios dedicados a la institución que nos ocupa, el efecto se multiplica.

Según hemos visto, VALLET DE GOYTISOLO negó la pretendida autonomía de dicho pacto para subsumirlo en la propia venta, lo que convierte al vendedor una especie de “todopoderoso” sujeto de cuya voluntad depende consentir o no que dos personas, con las que nada tiene que ver más allá del interés por recibir el precio, queden vinculadas de por vida a recibir la mitad del que primero falleciera. Su tesis unitaria, basada en última instancia en un fideicomiso contractual, innegablemente original, pecaba precisamente de un exceso de osadía, pero, sin embargo, con una finalidad precisa y encomiable: agilizar y asegurar el resultado más favorable para los compradores, hecho este que no podemos desvincular de su mentalidad notarial y práctica a la hora de abordar sus diversos estudios.

Su tesis puede ser resumida diciendo que me parece un complicado ejercicio jurídico para lograr la más sencilla de las soluciones prácticas.

En cuanto a los demás, poco tiene que ver el pacto capitular de viudedad, figura vinculada al derecho de familia y las transmisiones *mortis causa*, de CALVO SORIANO, con el contrato oneroso y aleatorio de VIRGILI SORRIBES y SANAHUJA. ¿Es posible concebir posturas más dispares y alejadas? La cosa se complica cuando PORCIOLES Y COLOMER se decantó por afirmar que estamos ante una donación entre esposos, conclusión con la que MARTIN RETORTILLO se muestra reticentemente de acuerdo, aunque sólo sea por un motivo de carácter práctico a la hora de aplicar el tributo correspondiente, cuando en realidad parece que opinaba que estábamos ante un pacto sucesorio.

La cuestión fiscal que planteaba este último autor, por otra parte, no en absoluto baladí, pues siempre hemos de pensar que, al margen



de toda esta estimulante y creativa actividad dogmática, el derecho existe para ser aplicado, y el interés y la seguridad jurídica del que lo utiliza deben ser siempre la preocupación primera del jurista, máxime cuando nos encontramos con situaciones como la aquí presentada, en que una misma transmisión puede quedar, según el enfoque dado, sujeta al impuesto de donaciones, al de sucesiones, al de transmisiones patrimoniales (derechos reales) o al de sociedades, y en el que las posibles repercusiones que dicha atribución pudieran tener sobre la masa hereditaria, y, en consecuencia, sobre los derechos legitimarios, están lejos de ser claras.

Plantándonos en este caótico marco, parecería lógico que su regulación en la citada Compilación hubiera filtrado todas estas doctrinas encontradas y, dejando lógicamente a unos más satisfechos que a otros, alcanzado a definir sus características más esenciales; esto es: decidir si se trataba de un negocio jurídico *inter vivos* o *mortis causa*, y si en el primer caso estábamos ante un negocio oneroso o gratuito. Pero esto no fue realmente así. Veamos.

### **III. Desarrollo doctrinal tras la Compilación de Derecho Civil de Cataluña de 1960**

#### **1. Breve repaso a las diferentes regulaciones aplicadas a la compraventa con pacto de sobrevivencia, desde 1960 hasta 1993**

La regulación de la compraventa con pacto de sobrevivencia en la Compilación de Derecho Civil de Cataluña de 1960 supuso un drástico punto y aparte en el debate doctrinal desarrollado sobre esta institución. Si con anterioridad a su promulgación únicamente encontramos, según hemos visto, las diferentes opiniones que un reducido grupo de juristas formularon sobre una institución cuya vida jurídica se limitaba a los usos y la escasa jurisprudencia existente, con

su positivización el debate doctrinal cambia radicalmente de terreno de juego: ya no son simplemente opiniones sobre la más adecuada construcción jurídica de esta figura, sino que la discusión se traslada a la configuración misma dada por el legislador catalán, que, como veremos, en lugar de conciliar y resolver dudas sembró aún más incertidumbres y desconcierto en una institución ya de por sí suficientemente problemática y confusa.

Es por ello por lo que, en esta parte del trabajo dedicada al estudio de la naturaleza jurídica de la compraventa con pacto de sobrevivencia, considero imprescindible introducir los diferentes textos legales que han ido regulándola antes de profundizar y continuar con su examen. Y es que realmente la historia del devenir normativo y doctrinal de esta institución están profundamente enraizados, de tal modo que el hecho mismo de su regulación positiva supone un importantísimo acontecimiento desde el punto de vista de la concreción de su naturaleza jurídica. Este es el motivo por el que a la hora de continuar su estudio y tratar de determinar su auténtica naturaleza, prefiero previamente clarificar el ámbito normativo en que se desarrolla.

### **1º.- Ley 40/1960, de 21 de Julio, de la Compilación del Derecho Civil de Cataluña**

La Compilación de Derecho Civil de Cataluña tuvo como precedente directo el **Proyecto de 1959**, que influyó notablemente en su redacción definitiva. En el mismo, la compraventa con pacto de sobrevivencia quedó regulada en los artículos 103, 104 y 105, que disponían lo siguiente:

#### **Artículo 103**

*Los cónyuges que compren bienes conjuntamente, podrán pactar entre sí, en el propio título de adquisición, que al fallecimiento de uno de ellos quede del sobreviviente la totalidad.*

*Este pacto se llama de sobrevivencia y no puede estipularse*

*cuando los cónyuges hayan otorgado heredamiento puro a favor de sus hijos.*

#### **Artículo 104**

*La adquisición de la participación del cónyuge premuerto se computará en el patrimonio del sobreviviente, a efectos de lo dispuesto en el artículo 39.*

#### **Artículo 105**

*Mientras vivan ambos cónyuges los bienes adquiridos con este pacto se regirán por las siguientes normas:*

*1º. No podrán ser enajenados y gravados, sino con el consentimiento de ambos consortes.*

*2º. Ninguno de los cónyuges podrá transmitir a tercera persona su derecho sobre la cosa comprada.*

*3º. Debe necesariamente mantenerse entre ambos cónyuges la indivisión de lo adquirido.*

*4º. Sólo será eficaz la renuncia a los derechos que sobre la totalidad de la cosa puede corresponder al comprador sobreviviente, si fuese convenida recíprocamente, o cuando, premuerto uno de los cónyuges, renuncia el que sobreviva.*

Esta primera redacción recogió algunos de los rasgos característicos que iban a definir más adelante la compraventa con pacto de supervivencia, tales como establecer únicos sujetos del negocio jurídico a los cónyuges, exigir la compra *conjuntamente*, la necesidad de que el pacto se establezca en el *propio título de adquisición*, y, por supuesto, el *fallecimiento* de uno de los cónyuges como causa de que el otro haga suya la totalidad de la cosa adquirida, así como la incompatibilidad con los *heredamientos puros a favor de los hijos*, en lo que se refiere al artículo 103.

El artículo 104, por su parte, al remitir al artículo 39 se refiere a los límites impuestos al cónyuge supérstite que contraiga ulteriores

nupcias para suceder o donar, y el 105 establece las normas que han de regir la vida de la especial comunidad formada por los cónyuges.

Esta redacción original, según he adelantado, como es lógico influyó de un modo determinante en la formulación definitiva adoptada por la **Compilación del Derecho Civil de Cataluña**, que redujo de tres a dos los artículos dedicados a las compras con pacto de supervivencia, el 61 y el 62, incardinándolos en el Capítulo XII (*De las compras con pacto de supervivencia*), Título III (*Del régimen económico-conyugal*), Libro I (*De la Familia*). Su redacción es la siguiente:

### **Artículo 61**

*Los cónyuges que en régimen económico de separación compren bienes conjuntamente y por cuotas iguales, podrán pactar entre sí, en el propio título de adquisición, que, al fallecimiento de uno de ellos, el sobreviviente haga suya la totalidad. Este pacto de supervivencia no podrá estipularse cuando los cónyuges hayan otorgado heredamiento a favor de los contrayentes o heredamiento puro a favor de sus hijos nacederos.*

*En los bienes comprados por ambos cónyuges con pacto de supervivencia, la adquisición de la participación del premuerto se computará en la herencia de este a efectos de lo previsto en el artículo 24 y cálculo de la legítima, y se imputará en pago a cuenta de la cuarta marital.*

### **Artículo 62**

*Los bienes adquiridos con este pacto, mientras vivan ambos cónyuges, se regirán por las siguientes normas:*

*1.º No podrán ser enajenados ni gravados si no es por acuerdo de ambos.*

*2.º Ninguno de los cónyuges podrá transmitir a tercera persona su derecho sobre la cosa comprada.*

*3.º Deberá necesariamente mantenerse la indivisión de lo*

*adquirido.*

*Sólo será eficaz la renuncia a los derechos que sobre la cosa comprada puedan corresponder al comprador sobreviviente, si hubiera sido convenida por ambos cónyuges recíprocamente, o cuando premuerto uno de ellos, renuncia el que sobreviva.*

Respecto del artículo 61, los cambios operados respecto del Proyecto del 59 son notables. El artículo 61 aglutina y amplía los artículos 103 y 104 del Proyecto, que, a decir de O'CALLAGHAN MUÑOZ, regulaba esta institución de una forma “menos precisa y con menos requisitos”<sup>286</sup>. El primer cambio que puede llamar nuestra atención es el de los sujetos del pacto: si el Proyecto ya limitaba estos a los cónyuges (decisión esta que, por otro lado, se enfrentaba a los orígenes de la institución, pues como ya hemos visto también fueron aceptados como sujetos de dicho pacto familiares más o menos cercanos y hasta extraños), la Compilación dio un paso más allá, exigiendo que dichos cónyuges rigieran su matrimonio por el *régimen económico de separación de bienes*.

Apuntado esto, la siguiente exigencia es que ya no resulta suficiente con que la compra se efectúe conjuntamente por ambos adquirentes, sino que es requisito necesario que esa adquisición se haga *conjuntamente y por cuotas iguales*. Esta expresión ha sido considerada desafortunadísima por un gran sector de la doctrina, según veremos, y ha dado lugar a multitud de dudas sobre la naturaleza de la especial comunidad formada por los cónyuges.

También introduce la Compilación una novedad en cuanto a la incompatibilidad con los heredamientos: ya no se limita a los heredamientos puros a favor de los hijos, sino que amplía la prohibición a los *heredamientos a favor de los contrayentes*.

Sin embargo, y pese a todo lo dicho, es el párrafo final del artículo 61 el que constituye la mayor fuente de controversia y conflicto, extendiéndose sus efectos, incomprensiblemente a mi modo de ver,

---

<sup>286</sup> O'CALLAGHAN MUÑOZ, X., *op. cit.*, pag. 99, nota a pie de página “a”.

hasta nuestros días. Y esto es así porque, al determinar que *la adquisición de la participación del premuerto se computará en la herencia de este, a los efectos de lo previsto en el artículo 24 y cálculo de la legítima, y se imputará en pago a cuenta de la cuarta viudal*, irremediablemente parece que la intención del legislador es vincular la compra con pacto de sobrevivencia a las transmisiones *mortis causa*, algo con lo que una buena parte de la doctrina ni estaba ni en la actualidad está de acuerdo.

Finalmente, y simplemente a efectos de fundamentar del modo más completo posible el estudio que más adelante efectuaré sobre las posturas doctrinales que a raíz de esta regulación surgieron, me parece conveniente transcribir el citado artículo 24 de la Compilación:

#### **Artículo 24**

*El cónyuge que contrae ulteriores nupcias, teniendo hijos u otros descendientes habidos de anteriores matrimonios, sólo podrá favorecer con donaciones a su consorte dentro de los límites señalados en el artículo 253.*

Por su parte, el referido artículo 253 sancionaba:

#### **Artículo 253**

*El cónyuge sobreviviente del causante bínubo, en concurrencia con descendientes legítimos de anterior matrimonio de este, sólo podrá adquirir en la sucesión, directa o indirectamente, bienes por un valor que, sumado al recibido por donación de su consorte, no exceda del que corresponda al hijo menos favorecido.*

*Lo que exceda de tal valor quedará atribuido por partes iguales al cónyuge sobreviviente y a todos los hijos.”*

Esta regulación plantea irresolubles dudas, pues por un lado parece estar defendiendo que se trata de un negocio jurídico

matrimonial, y por otro que no es sino un negocio jurídico *mortis causa*. Tal conflicto es recogido profusamente por la doctrina, según veremos.

En cuanto al artículo 62, resulta a todas luces mucho menos conflictivo, y en su redacción se hace eco del 105 del Proyecto, al que apenas modifica, señalando cuáles son las normas por las que ha de regirse la singular comunidad formada por los cónyuges sobre el bien adquirido. Su contenido, en efecto, y salvo por leves modificaciones gramaticales, es prácticamente el mismo, y realmente se ajusta de un modo considerable a los usos observados por aquellos que incluyeron el pacto en un contrato de compraventa con anterioridad a la Compilación, según todo lo que ya he expuesto.

## **2º.- Modificaciones de la Compilación**

Tras esta redacción original, la regulación que la Compilación efectuó sobre la compraventa con pacto de sobrevivencia conoció dos modificaciones hasta que fue promulgado del Código de Familia de 1998, que derogó el texto legal anterior e introdujo una “nueva” regulación. Dichas modificaciones fueron las siguientes:

### **- La reforma de la Ley 13/1984, y el Decreto Legislativo 1/1984**

Supuso, fundamentalmente, tres novedades destacables:

1º. Se eliminó el término “nacederos” al hablar del heredamiento puro a favor de los hijos.

2º. Se eliminó la referencia al artículo 24 (con lo que se ampliaba la obligación de computar en la herencia del fallecido la compra con pacto de supervivencia a todos los casos).

3º. Se añadió un párrafo más al artículo 62, entiendo que a fin de adaptarse a la nueva realidad surgida de las modificaciones derivadas de la Ley 30/1981, de 7 de julio, por la que se modificó la regulación del

matrimonio en el Código Civil y se determinó el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio, de modo que se añadió lo siguiente:

*En caso de nulidad, separación judicial o divorcio, el pacto de sobrevivencia devendrá ineficaz y los bienes mencionados serán de titularidad de ambos por mitades indivisas, salvo que se establezca otra cosa por convenio.*

**- La Ley 8/1993, de 30 de Septiembre**

Como consecuencia de esta reforma, las compraventas con pacto de sobrevivencia pasaron a estar reguladas en los artículos 24 y 25 de la Compilación, y encuadrados en la Sección 2ª (*De las compras con pacto de sobrevivencia*), Capítulo IV (*El régimen de separación de bienes*), Título III (*De las relaciones patrimoniales de los cónyuges*), del Libro III (*De la Familia*).

Las modificaciones más significativas que acarreo esta nueva regulación fueron las siguientes:

1º. La nueva ordenación.

2º. Se mantuvo la misma regulación de la institución que nos ocupa, con una salvedad: la aparición del embargo como nueva causa de ineficacia del pacto, que se incluyó en el artículo 25, párrafo 4º.

La nueva redacción resultante es la que sigue:

**Artículo 24.**

*1. Los cónyuges que en régimen económico de separación compren bienes conjuntamente y por cuotas iguales podrán pactar en el propio título de adquisición, que, cuando se produzca el fallecimiento de cualquiera de ellos, el sobreviviente haga suya la totalidad.*

*2. Mientras vivan ambos cónyuges, los bienes adquiridos con este pacto se regirán por las siguientes normas:*

*1º No podrán ser enajenados ni gravados si no es por acuerdo de*



*ambos.*

*2º Ninguno de los cónyuges podrá transmitir a terceras personas su derecho sobre los bienes.*

*3º Deberá necesariamente mantenerse la indivisión de los bienes.*

*3. En los bienes comprados por ambos cónyuges con pacto de sobrevivencia, la adquisición de la participación del premuerto se computará en la herencia del mismo a efectos del cálculo de la legítima, y se imputará en pago a cuenta de la cuarta vidual.*

### **Artículo 25.**

*El pacto de sobrevivencia resultará ineficaz:*

*1º Cuando así lo acuerden ambos cónyuges durante el matrimonio, o por renuncia del cónyuge sobreviviente.*

*2º Si alguno de los cónyuges adquirentes ha otorgado heredamiento a favor de terceros contrayentes o heredamiento puro a favor de sus hijos resultando el heredamiento eficaz al morir el otorgante.*

*3º Cuando se declare la nulidad del matrimonio, la separación judicial o el divorcio.*

*4º Por la adjudicación derivada del embargo hecho efectivo sobre el derecho de uno de los cónyuges, o bien del sobreviviente y de los herederos del premuerto, en pro indiviso ordinario.*

Llama la atención que, como consecuencia de la ineficacia en caso de nulidad, separación judicial o divorcio, se eliminara la referencia a cómo debía ser distribuida la titularidad de la cosa, acaso por considerarlo innecesario, pues el artículo 24 mantenía la antigua atribución de “cuotas iguales”.

## **2. Posicionamientos doctrinales posteriores a la Compilación de Derecho Civil de Cataluña de 1960 y hasta la promulgación del Código de Familia de 1998**

En sentencia de 14 de Junio de 1990, al resolver sobre un embargo que afectaba a la mitad indivisa de una finca cuya propiedad correspondía a matrimonio catalán que la había adquirido “por mitad, en común y proindiviso, y el sobreviviente de los dos a solas”, según se reflejó en la correspondiente escritura pública de compraventa, el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña consignó lo siguiente:

*La expresión recogida en la escritura pública 9-2-1976 «Compran por mitad, en común y proindiviso y el sobreviviente de los dos a solas» da lugar indudablemente a un supuesto de compra con pacto de sobrevivencia, o mejor de pacto de sobrevivencia concertado en una compraventa, institución de origen consuetudinario, regulada en los arts. 61 y 62 de la Compilación del Derecho Civil de Cataluña, sobre cuya naturaleza jurídica existe ya una abundante bibliografía jurídica, discutiéndose si nos hallamos ante un negocio unitario, o una dualidad contractual, (contrato de compraventa y pacto aleatorio y oneroso de sobrevivencia) y si se trata de una figura híbrida o «sui generis», con peculiaridades propias, como parece más seguro, o si por el contrario cabe asimilarla a figuras ya conocidas como la de donación «mortis causa»; heredamiento mutuo; fideicomiso condicional recíproco, en el que el cónyuge sobreviviente sería el fideicomisario respecto de la mitad correspondiente al premuerto; sucesión contractual entre cónyuges, con diferentes perspectivas, entre otras posturas doctrinales; al tiempo que se hacen entrar en juego las diversas consecuencias de las comunidades germánica y romana, según las respectivas soluciones adoptadas, siquiera parece incuestionable que la finalidad de la institución jurídica se halla en actuar a modo de paliativo o correctivo del régimen de separación de bienes. Por lo demás no ofrece duda que en el caso se cumplen los presupuestos legales necesarios para la existencia del pacto,*

*a saber: a) los compradores son cónyuges y están sujetos al derecho civil catalán; b) al no tener pactado otro régimen económico conyugal rige entre los mismos el supletorio de separación de bienes; c) la compra se efectuó conjuntamente, y el pacto de sobrevivencia se formalizó en el propio título de adquisición; d) no consta hayan otorgado heredamiento a favor de ellos o heredamiento puro a favor de sus hijos; y, e) existencia de cuotas iguales, en el sentido de que se entiende que el precio procede de ambos consortes por iguales partes.*

El párrafo transcrito me parece idóneo para afrontar el estudio de la naturaleza jurídica del pacto de sobrevivencia tras la Compilación. Y esto es así porque resulta revelador que el propio Tribunal Superior de Justicia de Cataluña enumere hasta seis posibles concepciones diferentes acerca de la naturaleza jurídica del pacto, sin hacer excesivo hincapié en ninguna de ellas: contrato de compraventa y pacto aleatorio y oneroso de sobrevivencia; figura híbrida o *sui generis* (posibilidad por la que tímidamente parece decantarse el Tribunal); donación *mortis causa*; heredamiento mutuo; fideicomiso condicional recíproco; sucesión contractual entre cónyuges. Y todo ello rodeado por las dudas que surgen acerca de si constituye un negocio jurídico unitario o una dualidad de contratos, así como de si se trata de una comunidad romana o germánica.

Por todo ello, me parece que constituye una valiosísima prueba del desconcierto existente en el relativamente reciente año 1.990 sobre prácticamente todo lo relativo a la naturaleza jurídica del pacto de sobrevivencia, siendo un magnífico punto de partida para orientar este estudio.

## **2.1. Contrato de compraventa y pacto aleatorio y oneroso de sobrevivencia**

Como ya vimos, antes de que se promulgara la Compilación de 1.960 VIRGILI SORRIBES consideró que nos encontrábamos ante dos

negocios jurídicos diferentes y superpuestos, distinguiendo, por un lado, un contrato oneroso y conmutativo (la venta), y, por el otro, un negocio jurídico oneroso y aleatorio (el pacto de sobrevivencia).

O'CALLAGHAN MUÑOZ, haciéndose eco de esta línea de pensamiento, continuó con ella al defender la necesaria dualidad de negocios jurídicos. Para ello, fundamentó su postura, principalmente, en que cada uno de esos negocios aparecía motivado por una causa diferente y daba lugar a una adquisición distinta, algo recuerda a los razonamientos de CALVO SORIANO. Además, justificó el carácter oneroso del pacto por la existencia de una clara contraprestación entre los cónyuges.

Respecto de la primera de las cuestiones planteadas, esto es, la existencia de dos contratos diferentes, O'CALLAGHAN opinó que “se debe partir de la *dualidad de negocios jurídicos*: no es aceptable la tesis de que el conjunto de declaraciones de voluntad, con distintas causas, puedan refundirse en un solo negocio jurídico, ni se deben confundir los negocios jurídicos que se celebran con la adquisición a que dan lugar”<sup>287</sup>, algo que precisó más adelante al señalar que es exactamente el elemento causal el que nos permite diferenciar un negocio jurídico de otro, al menos dogmáticamente, actuando dicho elemento causal como “calificador del tipo de negocio jurídico”<sup>288</sup>.

O'CALLAGHAN entiende por causa “el fin objetivo, inmediato, invariable, siempre el mismo para todos los negocios jurídicos de la misma clase, la función jurídica y económico-social del negocio”<sup>289</sup>. Por ello, afirmó que nunca podrá coincidir en un mismo negocio “unitario e inescindible” la finalidad perseguida por el vendedor y por los compradores, dado que el primero busca, como fin objetivo, la obtención del precio por la entrega de la cosa, mientras que los segundos, junto con la obtención de la cosa a cambio del precio, persiguen además celebrar entre sí una peculiar “donación”, caracterizada porque cada uno de ellos manifiesta su voluntad de que la

---

<sup>287</sup> O'CALLAGHAN MUÑOZ, X., *op. cit.*, pag. 101.

<sup>288</sup> *Ibidem*.

<sup>289</sup> *Ibid.*, pags. 102 y 103.

mitad de la cosa que les pertenece pase al otro si premuere, pero con la *contraprestación* de que ese otro haga lo mismo. Hay de esta manera, sobre un mismo objeto, dos manifestaciones de voluntad distintas (vendedor – cónyuges compradores; cónyuge comprador – cónyuge comprador), motivadas por dos distintas causas.

Sin ofrecer ninguna duda la naturaleza jurídica de la venta, el pacto de sobrevivencia constituye para O'CALLAGHAN un negocio jurídico *oneroso y aleatorio*, y esto es así, en primer lugar y respecto del carácter **oneroso**, por la mencionada *contraprestación*, que consiste, a entender de O'CALLAGHAN, en el acuerdo establecido entre los cónyuges compradores, consistente en que ambos se obligan recíprocamente a disponer el uno a favor del otro de su “cuota”<sup>290</sup> sobre el bien adquirido para el caso de su premoriencia, de modo que si uno de ellos no consintiera tal cosa, el otro, a su vez, tampoco lo haría. Es decir: la contraprestación consiste en la obligación mutua de disponer del derecho adquirido sobre la cosa a favor del otro para el caso de que sobreviva.

Entendido esto así, la simultaneidad de las dos declaraciones es la que hace surgir la contraprestación y el auténtico carácter oneroso del pacto. De no haber tal contraprestación, esto es, si uno hiciera disposición a favor del otro de forma incondicionada, estaríamos ante una donación *mortis causa*, a su modo de ver. Pero al requerirse que el otro haga lo mismo, se destruye el *animus donandi* y se genera el carácter oneroso, absolutamente incompatible con una donación, sea del tipo que sea.

En cuanto al **carácter aleatorio**, este queda determinado, lógicamente y según lo ya estudiado, por el *alea* o riesgo inherente al pacto, esto es, la imposibilidad de conocer quién de los dos fallecerá primero. Al ser un hecho desconocido, lógicamente debe afectar a ambos cónyuges por igual.

---

<sup>290</sup> O'CALLAGHAN en ningún caso consideró que la adquisición se efectuara por “cuotas iguales”, según la exigencia de la Compilación, sino que era partidario de que, una vez efectuada la compra, surgía una comunidad entre los cónyuges de tipo germano, sin distribución de cuotas. Sobre esto me extenderé más adelante, al hablar de la comunidad surgida como consecuencia del pacto.

Esta solución parece ser la preferida por la doctrina jurisprudencial del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, según expresamente se recoge en las sentencias de la Audiencia Provincial de Barcelona de 16 de octubre de 2002, y de la Audiencia Provincial de Lleida de 20 de octubre de 2009. Especialmente ilustrativa resulta en esta dirección la última sentencia citada, que ajusta su contenido insistentemente a la previa sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 17 de marzo de 2003:

*Consideramos que no puede configurarse como un negocio a título gratuito o lucrativo habida cuenta que cada uno de los cónyuges dispone de su parte del bien adquirido pero al mismo tiempo obtiene la posibilidad de adquirir la que corresponde al otro, actuando la muerte de uno u otro como condición aleatoria que determinará, en el futuro y en virtud de quien fallezca primero, quién de los dos cónyuges será el propietario exclusivo del bien comprado. Esta aleatoriedad o riesgo que asumen en la misma medida uno y otro cónyuge lo configura como negocio oneroso, porque cada uno de ellos acepta ceder su parte indivisa al otro cónyuge para el caso de que éste le sobreviva, pero no lo hace gratuitamente sino que como contrapartida obtiene la posibilidad de recibir un beneficio representado por la adquisición de la mitad indivisa del otro.*

Lo expuesto parece armonizar a la perfección con las conclusiones expuestas por O'CALLAGHAN MUÑOZ, quien se pronunció de modo concluyente al sentenciar que “la naturaleza jurídica del pacto es la de *un negocio jurídico oneroso y aleatorio*, separado de la compraventa, como negocio jurídico distinto, que al conjuntarse dan lugar a la figura jurídica de naturaleza específica regulada en los artículos 61 y 62, que supone pues, una dualidad de negocios jurídicos”<sup>291</sup>.

---

<sup>291</sup> O'CALLAGHAN MUÑOZ, X., “La compraventa con pacto de sobrevivencia. Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de febrero de 1971”, *Revista Jurídica de Cataluña*, 1972,

Ahora bien, huelga decir que no toda la doctrina estaba, ni está, de acuerdo con él.

## **2.2. Contrato mixto**

CABRERA HERNANDEZ, al contrario que O'CALLAGHAN, defendió que nos encontramos ante un único contrato, de carácter indivisible. Se convierte así en seguidor de la senda trazada por VALLET DE GOYTISOLO, aunque en su defensa de la tesis unitaria pudo contar con un elemento de apoyo del que VALLET careció al realizar sus estudios sobre la compraventa con pacto de sobrevivencia, y este elemento es el de la propia Compilación.

CABRERA entendió que, al exigirse por el artículo 61 que el pacto se estipule *en el propio contrato de compraventa*, y sólo ahí, se está precisando su naturaleza unitaria. Y esto es así porque en ningún caso tendría sentido que dos contratos diferentes y superpuestos, con autonomía propia cada uno de ellos, no pudieran establecerse por separado. Su postura, en este sentido, es tajante: “es necesario, según la ley, que en el mismo acto se determine la cosa comprada, su precio, la adquisición por mitad entre los cónyuges y el pacto de sobrevivencia y si se omite alguno de estos datos falta dicho contrato”<sup>292</sup>.

Tras dejar asentado que, en su opinión, nos encontramos con un solo contrato, el siguiente paso es precisar de qué tipo de contrato se trata. Y la intuición de CABRERA es que constituye un *contrato mixto*, entendiendo como tal un contrato “compuesto del contenido parcial de dos o más contratos distintos, lo que no quiere decir que se unen o funden contratos en otro distinto, sino que pactos, derechos u obligaciones que forman parte del contenido de otros contratos, nos los encontramos aquí, en el nuevo, mezclados”<sup>293</sup>.

Ahora bien, aceptando que esto es así, ¿qué nuevo contrato es el que surge?

---

pag.165.

<sup>292</sup> CABRERA HERNANDEZ, J.M., *op. cit.*, pag. 39.

<sup>293</sup> *Ibid.*, pag 39.

Sin que la primera parte del contrato, esto es, la compraventa, genere ninguna duda, la segunda parte del mismo da lugar, a su modo de ver, un *negocio fiduciario* cuya finalidad es producir entre los cónyuges adquirentes una comunidad de tipo germánico, en la que figuraría de modo inherente el acuerdo de sobrevivencia, dada su propia naturaleza<sup>294</sup>.

Identificar el pacto de sobrevivencia o, mejor dicho teniendo en cuenta la defensa de la tesis unitaria que postula CABRERA, la compraventa con pacto de sobrevivencia con los negocios fiduciarios, plantea, a mi modo de ver, una serie de problemas de diversa índole. El primero y más evidente es que el Código Civil no contiene referencia alguna a la fiducia, como tampoco la Compilación Catalana<sup>295</sup>, de modo que en todo momento hay que acudir a criterios doctrinales y jurisprudenciales. Tal remisión implica el cuestionamiento de su validez en nuestro ordenamiento jurídico, en especial si tenemos en cuenta la posibilidad de identificar el negocio fiduciario con el negocio simulado

En cuanto a la doctrina, no son pocos los que consideran la obra de FEDERICO DE CASTRO, *El Negocio Jurídico*, publicada en el año 1967, como el punto de inflexión que supuso la división de la doctrina en dos grandes orientaciones: la de los partidarios de la validez del negocio fiduciario en nuestro ordenamiento jurídico, y la de aquellos que, siguiendo a DE CASTRO, se opusieron a tal posibilidad<sup>296</sup>.

---

<sup>294</sup> CASTAN TOBEÑAS, J., *Derecho Civil Español, Común y Foral, Tomo I, Vol. Segundo, op. cit.*, pag.638, define el negocio fiduciario como aquel en que existe una “divergencia entre el fin económico que se persigue y el medio jurídico que se utiliza, de tal modo que las partes se proponen obtener un efecto distinto y más restringido del que es propio del medio jurídico que ponen en juego”.

Dado que el concepto dado por CASTAN puede parecer demasiado amplio, y quizá demasiado cercano el de los negocios simulados, podemos acudir al concepto acuñado por SANCHEZ GERVILLA, A., “Visión histórica de la fiducia y actual criterio del Tribunal Supremo”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, Nº 746 – 28 de febrero de 2008; disponible en internet en: <http://civitas.es/index.php/informacion-juridica/actualidad-juridica-aranzadi/746/comentario-jurisprudencia/vision-historica-de-la-fiducia-y-actual-criterio-del-tribunal-supremo>: “Por negocio fiduciario podemos entender aquél por el que una de las partes realiza una atribución patrimonial de forma temporal y con la finalidad comúnmente de garantía de pago, la cual excede del fin pretendido, a la vez que la otra parte que la recibe se obliga a utilizarla según el fin perseguido y a restituirla una vez aquél cumplido”.

<sup>295</sup> Dejando a salvo las ventas a carta de gracia o *empenyament* y su problemática particular.

<sup>296</sup> FUENTESECA, C., *El negocio fiduciario en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*,



Esta última orientación se caracteriza porque tiende a identificar, de un modo más o menos abierto, el negocio fiduciario con el simulado, y porque no considera que haya una auténtica transmisión de la propiedad. DE CASTRO, en sus conclusiones, parte de la teoría del doble efecto, según la cual en el negocio fiduciario se distinguen de modo tajante un efecto real y otro obligatorio<sup>297</sup>. Este doble efecto se materializa en que “el fiduciante transmite al fiduciario la titularidad dominical de su cosa o de su crédito de modo definitivo e ilimitado; el fiduciario será desde entonces el dueño, con todas las facultades de tal, frente al fiduciante y frente a todos. El fiduciante queda con un derecho de crédito contra el fiduciario, el correspondiente a la obligación de éste de utilizar la titularidad adquirida de modo que no contradiga la finalidad para la que se le ha confiado”<sup>298</sup>.

La conclusión que establece DE CASTRO es muy clara. Dada su falta de regulación legal, en lugar de procederse a una elaboración coherente a partir del supuesto de hecho y la conducta humana a regular, se ha caracterizado el negocio fiduciario por la incongruencia del medio jurídico elegido, la enajenación, y el fin económico buscado, que es la garantía o administración<sup>299</sup>. Y es que se ha optado por efectuar una enajenación definitiva para conseguir una finalidad de administración o garantía que en modo alguno requerían de tal transmisión<sup>300</sup>.

Más claro aún se mostró ALBALADEJO<sup>301</sup>, quien no dudó en

---

J.M. Bosch Editor, Barcelona, 1997, pags. 68 a 70, cita, entre los opositores más destacados a la validez del negocio fiduciario, a DE CASTRO, GULLON, DE LOS MOZOS o ALBALADEJO; y entre sus defensores a NAVARRO MARTORELL, GARRIGUES o CARCABA FERNANDEZ.

<sup>297</sup> DE CASTRO Y BRAVO, F., *El Negocio Jurídico*, op. cit., pag. 381.

<sup>298</sup> *Ibidem*.

<sup>299</sup> DE CASTRO Y BRAVO, F., *El Negocio Jurídico*, op. cit., pag. 383. Tal incongruencia, a su juicio, desemboca en un “peligro para el fiduciante y la posibilidad de abuso para el fiduciario”.

<sup>300</sup> *Ibid.*, pag. 384..

<sup>301</sup> CARRASCO PERERA, A., “La transmisión fiduciaria del dominio en el concurso de acreedores”, *Libro Homenaje al Profesor Manuel Albaladejo García*, Tomo I, GONZALEZ PORRAS, J.M. y MENENDEZ GONZALEZ, F.P. (Coords.), Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España – Servicio de Publicaciones Universidad de Murcia, Murcia, 2004, pag. 802, brillantemente relata como ALBALADEJO sufrió una drástica “conversión” cuando, tras estar embebido en las ideas de GARRIGUES y FERRARA mientras escribía *El Negocio Jurídico*, en 1958, “fue redimido de su sueño

afirmar que “el tan cacareado negocio fiduciario es un vulgar negocio falso”<sup>302</sup>. ALBALADEJO entiende que el negocio fiduciario constituye una atribución de carácter patrimonial que sobrepasa el fin perseguido, ya que quien la recibe queda obligado a emplearla de acuerdo con dicho fin, y también a restituirla<sup>303</sup>.

En consecuencia, no debe extrañarnos que DE CASTRO, ponga de manifiesto como tradicionalmente se ha asociado el negocio fiduciario con el fraude de ley, pues en virtud de la teoría del doble efecto, tal tipo de negocio se hace especialmente apto para esquivar leyes imperativas<sup>304</sup>. Ni que, de un modo aún más contundente, ALBALADEJO afirmara que el mismo es inadmisibile en nuestro ordenamiento jurídico, por dar lugar a un supuesto de simulación relativa que, según las reglas generales el negocio simulado, debe ser considerado nulo, ya que carece tanto de voluntad como de causa, en virtud del artículo 1261<sup>305</sup>.

Por contra, los defensores del negocio fiduciario siguen la teoría del doble efecto de FERRARA, admitiendo la validez del negocio fiduciario como una forma compleja que resulta de la unión de dos negocios, uno real y otro obligacional<sup>306</sup>. El real, de carácter positivo, supone la transmisión de la propiedad o crédito, que se efectúa de un modo definitivo; el contrato obligacional, por el contrario, de carácter negativo, supone la obligación impuesta al fiduciario o adquirente de

---

dogmático por la salvadora lectura de la obra primordial de Federico DE CASTRO”.

<sup>302</sup> ALBALADEJO GARCIA, M., *La Simulación*, Edisofer, Madrid, 2005, pag. 88.

<sup>303</sup> *Ibid.*, pag. 92.

<sup>304</sup> DE CASTRO Y BRAVO, F., *El Negocio Jurídico*, *op. cit.*, pag. 418. Es más, opina que dado que el criterio del Derecho español es que las normas imperativas atienden al resultado material, independientemente de la forma escogida, la teoría del doble efecto parece incompatible con tal concepción, pues disgrega el efecto transmisivo a favor del fiduciario del resultado que el ordenamiento ha procurado para el negocio empleado (pag. 419).

<sup>305</sup> ALBALADEJO GARCIA, M., *La Simulación*, *op. cit.*, pags. 93 a 96 y 113. Considera el negocio fiduciario revestido de “falsos ropajes” que envuelven dos negocio: *por fuera*, el negocio exterior o aparente, excesivo, que recoge la transmisión fiduciaria; *por dentro*, el negocio obligacional, que las partes otorgan pero mantienen en secreto, por lo que el negocio fiduciario, como acto interno, no difundido y oculto entre las partes, supone una simulación, cuyo fin es dar un bien en garantía o en administración, bajo la apariencia de una transmisión exterior que encubre lo que verdaderamente se quiere celebrar.

<sup>306</sup> CASTAN TOBEÑAS, J., *Derecho Civil Español, Común y Foral*, Tomo Primero, Vol. Segundo, *op. cit.*, pag. 640.

utilizar lo adquirido únicamente en el modo acordado, para después transmitirlo a un tercero o al propio transmitente<sup>307</sup>.

Ambas posturas son, pues irreconciliables. Mientras FERRARA, CASTAN o LACRUZ defiende la validez del negocio fiduciario como un negocio válido que persigue cubrir una laguna legal y dar cobertura a un determinado fin práctico, para ALBALADEJO no constituye sino un modelo o sucedáneo de negocio simulado, que se ahoga en la propia contradicción de querer transmitir la propiedad de una cosa pero únicamente con finalidad de garantía o administración.

En cuanto a la jurisprudencia, el criterio del Tribunal Supremo ha sufrido una notable evolución, desde un primer momento en que se mostró favorable a la teoría del doble efecto, con transmisión de la propiedad<sup>308</sup>, al momento actual, en el que se muestra contrario a la misma y favorable a negar la efectiva transmisión de la propiedad, vinculando el negocio fiduciario al mandato o la garantía<sup>309</sup>.

En consecuencia, parece que debe rechazarse la transmisión de la propiedad en virtud del negocio fiduciario, dejando sin efecto lo simulado y no querido, siendo lo pertinente atender a la verdadera voluntad de las partes y admitir lo disimulado y querido, siempre y cuando no vaya contra el ordenamiento jurídico<sup>310</sup>.

---

<sup>307</sup> LACRUZ BERDEJO, J.L., DELGADO ECHEVERRIA, J., y otros, *op. cit.*, pag. Defienden que no constituye un supuesto de simulación, ya que en ningún caso aparece la noción de fraude: el propósito fiduciario no se oculta, pues puede ser público y notorio. Y el negocio que se celebra es realmente querido, aunque se busquen unos efectos diferentes y más limitados que de ordinario. Al existir una voluntad real de celebrar un verdadero negocio, concluyen, el fiduciario no es nulo, cosa que sí ocurre con el simulado.

<sup>308</sup> Se afirma en la sentencia de 20 de noviembre de 1965 la existencia de una relación compleja, compuesta por *dos frases perfectamente diferenciadas, una, de "transmisión plena", y otra de relación obligacional que limita los efectos de aquella transmisión, y de cuya relación es "causa" la garantía –en que conciertan su voluntad quienes pactan- del débito fiduciante.*

<sup>309</sup> ALBALADEJO GARCIA, M., *La Simulación*, *op. cit.*, pag. 92, consideraba respecto de la jurisprudencia de la Sala primera del Tribunal Supremo que "por un lado, ahondando las sentencias se ve que en gran parte, aunque lo aceptan de palabra, no admiten el hecho fiduciario verdadero, y, por otro lado, es que las más modernas han comenzado a dudar de él o a abandonarlo".

<sup>310</sup> FUENTESECA C., *op. cit.*, pags. 184 y 185, afirma que de modo mayoritario la doctrina española no admite que mediante el negocio fiduciario se pueda transmitir la propiedad; y en cuanto a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, concluye que sólo

Volviendo a la tesis de CABRERA, este afirma que los negocios fiduciarios tienen que tener una forma real que encubra el resultado perseguido, con lo que se adscribe a la postura de FERRARA y CASTAN. Es el caso de la compra con pacto de sobrevivencia, dicha forma real sería no la de un contrato típico, sino la más abierta de los contratos aleatorios, aunque sin poder subsumirse en ninguno de ellos en concreto. CABRERA, encuentra semejanzas con el contrato de seguro, por la finalidad que ambos persiguen, y con el de apuesta, por la incertidumbre del hecho que terminará con la aleatoriedad existente, esto es, la muerte de uno de los cónyuges. Según lo estudiado, este contrato aleatorio, aparente o externo, encubriría la realidad del pacto de sobrevivencia.

Tras todo lo dicho, podemos afirmar que la conclusión de CABRERA HERNANDEZ es que nos encontramos con un contrato unitario, al estilo de lo que defendía VALLET, compuesto por la compraventa y un negocio fiduciario de carácter aleatorio y atípico, que además no forma parte del derecho de familia, pues no rige únicamente relaciones entre los cónyuges y otros miembros del grupo familiar, sino que, dada su concepción unitaria, incluye al extraño vendedor.

### **2.3. Heredamiento mutuo - Figura híbrida o *sui generis***

El heredamiento, siguiendo el artículo 67 del Código de Sucesiones de Cataluña, de 1.991, que reproduce exactamente el contenido del derogado artículo 63.1 de la Compilación (donde los heredamientos se regularon dentro del Libro I, De la Familia), constituye *una institución contractual de heredero*.

CASTAN TOBEÑAS se refirió a los mismos afirmando que los heredamientos son una institución de gran arraigo en Cataluña, y que constituyen “una interesantísima forma de sucesión contractual, pues (...) aunque revistan muchas formas, siempre hay en el fondo de ellos el

---

escasas sentencias admiten la transferencia del dominio.

acto de dos o más voluntades para regular la transmisión de un patrimonio mediante ciertas condiciones, nombrando un heredero que ha de recoger la herencia de uno de los contratantes”<sup>311</sup>.

La regulación de la Compilación y del Código de Sucesiones, al decir de la mayoría de la doctrina, respondía a una situación social muy diferente de la actual, cuya finalidad era perpetuar el patrimonio dentro de la familia, garantizado sobre la estabilidad proporcionada por el matrimonio y un pacto sucesorio irrevocable<sup>312</sup>.

Tal situación, que conducía irrevocablemente a la extinción práctica del heredamiento, fue reconducida por el legislador catalán mediante la nueva regulación dada a la institución en el Libro IV del Código Civil de Cataluña, sustituyendo su rígida concepción original por otra mucho más flexible e imaginativa, lo que permite la aplicación de los pactos sucesorios, y en concreto del heredamiento, a nuevas situaciones y fines<sup>313</sup>.

Partiendo de tal idea, el artículo 431-18 del Libro IV del Código Civil de Cataluña, establece lo siguiente:

*1. El heredamiento o pacto sucesorio de institución de heredero confiere a la persona o personas instituidas la calidad de sucesoras universales del heredante con carácter irrevocable, sin perjuicio de los supuestos regulados por los artículos 431.13, 431-14 y 431-21*<sup>314</sup>.

*2. La calidad de heredero conferida en heredamiento es inalienable e inembargable.*

Se configura de esta forma el heredamiento como un auténtico

---

<sup>311</sup> CASTAN TOBEÑAS, J., *Derecho Civil Español, Común y Foral, Derecho de Sucesiones*, Tomo Sexto, Volumen Tercero, *op. cit.*, pag. 300.

<sup>312</sup> YSAS SOLANES, M., “Heredamientos”, *Derecho de Sucesiones Vigente en Cataluña*, Tirant lo Blanc, Valencia, 2007, pag. 216.

<sup>313</sup> DEL POZO CARRASCOSA, P., VAQUER ALOY, A., y BOSCH CAPDEVILA, E., *Derecho Civil de Cataluña. Derecho de Sucesiones.*, Marcial Pons, Madrid, 2009, pags. 302 y 303.

<sup>314</sup> El artículo 431.13 hace referencia a la revocación del pacto sucesorio por indignidad; el 431-14 a la revocación por voluntad unilateral; y el 431-21 al heredamiento preventivo, que es revocable unilateralmente, siempre y cuando dicha revocación cumpla con los requisitos exigidos por la ley.

contrato, en el que se instituye heredero con carácter irrevocable, de modo que, bajo la forma de un contrato, aparece un contenido sucesorio. Antes de la entrada en vigor del Libro IV, la causa que legitimaba el heredamiento era el matrimonio, ya que, siguiendo al citado artículo 67, los heredamientos sólo podían *ser otorgados a favor de cualquiera de los contrayentes o de ambos, de los hijos o descendientes de estos, y de los contrayentes entre ellos con carácter mutua*l, exigiéndose también en dicho artículo que fueran otorgados en capitulaciones matrimoniales.

Actualmente, sin embargo, el artículo 431-2 del Libro IV en apariencia amplía los sujetos que pueden otorgarlos, al señalar:

*Pueden otorgarse pactos sucesorios sólo con las siguientes personas:*

- a. El cónyuge o futuro cónyuge.*
- b. La persona con quien convive en unión estable de pareja.*
- c. Los parientes en línea directa sin limitación de grado, o en línea colateral dentro del cuarto grado, en ambos casos tanto por consanguinidad como por afinidad.*
- d. Los parientes por consanguinidad en línea directa o en línea colateral, dentro del segundo grado, del otro cónyuge o conviviente.*

La nueva regulación, al contrario de lo que puede parecer, en lugar de ampliar los sujetos intervinientes en el pacto, realmente los ha restringido, pues se ha cometido la aparente equivocación de pensar que en las capitulaciones matrimoniales únicamente intervenían los cónyuges y sus familiares más directos, cuando esto no era necesariamente así, siendo posible la aparición de personas ajenas al vínculo matrimonial<sup>315</sup>. La actual redacción del 431-2, parece limitar esta posibilidad. La intención, y el error, del legislador quedan perfectamente claros en el preámbulo del Libro IV, pues reconociendo

---

<sup>315</sup> DEL POZO CARRASCOSA, P., VAQUER ALOY, A., y BOSCH CAPDEVILA, E., *op. cit.*, pag. 304.

que se dudó entre abrir la sucesión paccionada a cualquier otorgante o continuar con el esquema tradicional, finalmente optó por un punto a su entender intermedio, con la inclusión por ley de los convivientes y la familia hasta un cierto grado de parentesco<sup>316</sup>.

El cambio introducido en este sentido, simplemente libera el otorgamiento de los pactos sucesorios, a los que pertenecen los heredamientos, de la forma de capitulaciones matrimoniales, pues únicamente se requiere ahora para su validez que consten en escritura pública. Expresamente aclara el artículo 431-7 que no es preciso que aparezcan en capitulaciones matrimoniales.

Una de las notas que desde su origen ha sido característica de los heredamientos es su carácter *irrevocable*. A través del heredamiento se perseguía dar seguridad al *hereu*, de modo que los padres o heredantes convenían dejar a su hijo una serie de bienes (el hogar familiar, habitualmente), de los que generalmente no se desprendían en vida (aunque podían disponer de ellos mediante actos *inter vivos*, de modo que no quedaba reducida su autoridad doméstica, pero no por actos *mortis causa*), para que a su fallecimiento pasaran directamente al heredero, que de este modo veía recompensados los esfuerzos a realizar en favor del hogar familiar.

Desde este planteamiento inicial, más próximo a una donación, la institución se vio erosionada y evolucionó a un modo de designar heredero. Tras la última y novedosa reforma comentada, su utilidad se ve revitalizada, pudiendo constituirse en un idóneo instrumento para atender a los intereses derivados de la continuidad de las empresas o establecimientos familiares, así como para ofrecer seguridad y estabilidad al heredero instituido que asuma el cuidado del causante, sin que un postrer cambio de parecer pueda dejar sin recompensa años de cuidados y dedicación<sup>317</sup>.

Esta moderna regulación, contenida en el Libro IV del Código Civil

---

<sup>316</sup> *Ibidem*.

<sup>317</sup> *Ibid.*, pag. 303.

Catalán, dedicado a Sucesiones, admite cuatro modalidades de heredamiento: heredamiento simple, heredamiento cumulativo, heredamiento preventivo y heredamiento mutuo, que es el que aquí nos interesa.

La Compilación reguló el heredamiento mutuo en sus artículos 95 y 96. A efectos de determinar el concepto de heredamiento, y su relación con el pacto de sobrevivencia, debemos prestar especial atención a los dos primeros párrafos del primero de estos dos artículos:

*Artículo 95.- El heredamiento mutuo constituye una institución contractual recíproca de heredero entre los esposos contrayentes a favor del que sobreviva, con efectos de heredamiento simple.*

*El cónyuge que premuere no transmitirá a sus sucesores derecho alguno derivado del heredamiento mutuo.*

El contenido examinado de dicho artículo pasó prácticamente sin cambio alguno al posterior artículo 99 del Código de Sucesiones, que quedó redactado del modo que sigue:

*Artículo 99.- El heredamiento mutuo constituye una institución contractual recíproca de heredero entre los esposos contrayentes a favor del que sobreviva, con los efectos del heredamiento simple, pero el cónyuge que premuere no transmitirá a sus sucesores derecho alguno derivado del heredamiento mutuo.*

A la luz de este artículo, LOPEZ BURNIOL definió el heredamiento mutuo diciendo que es “una institución contractual recíproca de heredero entre los esposos contrayentes a favor del que sobreviva”<sup>318</sup>.

Finalmente, el actual artículo 431-20 del Libro IV del Código Civil Catalán establece:

---

<sup>318</sup> BURNIOL LOPEZ, J.J. “Los Heredamientos”, *Comentarios al Código de Sucesiones de Cataluña*, JOU I MIRABENT, L. (Coord.), Bosch, Barcelona, 1994, pag. 410.



*El heredamiento es mutual si contiene una institución recíproca de heredero entre los otorgantes a favor del que sobreviva.*

Lo hasta ahora dicho nos sirve de necesario preludio para introducir la postura de ROCA SASTRE, quien llegó a la conclusión de que el pacto de sobrevivencia constituía un “*sucedáneo del heredamiento mutual* entre esposos de condición “cabalers” y carentes de sucesión, pero que en vez de referirse a sus respectivas sucesiones se circunscribe a cada compra que en lo sucesivo realicen de bienes inmuebles”<sup>319</sup>.

El punto de vista de ROCA SASTRE, como puede entenderse, es necesariamente de naturaleza dualista, de modo que por un lado distingue la compraventa, celebrada entre el vendedor y los cónyuges adquirentes, y por otro el pacto, que, a su parecer, constituye una suerte de heredamiento mutual, pero con una peculiaridad fundamental: mientras que a través del heredamiento mutual se *instituye heredero* de forma contractual, el pacto de sobrevivencia produce sus efectos *únicamente sobre la mitad de la cosa comprada*, y no sobre todo el patrimonio de cada uno de los cónyuges, siendo así sus efectos prácticos más próximos a los producidos por una donación o un legado.

“Podemos afirmar, con cierta licencia, que el pacto de sobrevivencia es una especie de heredamiento mutual entre cónyuges que no abarca toda la herencia del cónyuge premuerto, sino tan sólo el bien o bienes singulares afectantes a tal pacto, pero con un juego íntimo equivalente”<sup>320</sup>.

Es decir: según ROCA SASTRE, el pacto de sobrevivencia constituye un heredamiento que, realmente, no es un heredamiento, al recaer únicamente sobre un bien concreto, sino que guarda grandes semejanzas con el mismo.

Esta postura, sin embargo, como el mismo ROCA SASTRE

---

<sup>319</sup> ROCA SASTRE, R.M., *Estudios de Derecho Civil Especial de Cataluña*, op. cit., pag. 456.

<sup>320</sup> *Ibid*, pag. 457.

reconoce, no es original, sino que fue antes formulada, aunque acaso de un modo más tímido, por SANAHUJA SOLER y por PORCIOLES Y COLOMER, según hemos visto. También se mostró receptivo a las opiniones de los Notarios RAMONEDA y ROCHA, que definían el pacto de sobrevivencia como un pacto capitular condensado e incorporado en una compraventa, con efectos parecidos a los del heredamiento mutuo o la donación esponsalicia recíproca.

Por todo ello, su conclusión fue que realmente estamos ante una “*institución híbrida*, de contenido sucesorio, de formulación contractual, justificada por razón de matrimonio”<sup>321</sup>.

Tal conclusión fue que fundamentada con los siguientes argumentos:

- Sistemática de la compilación, que regula el pacto antes de los heredamientos.

- Limitación a cónyuges casados en separación de bienes.

- Incompatibilidad con el heredamiento.

- Limitación al respeto de los derechos de los legitimarios según al artículo 24, la reserva binupcial del 269 y la imputación a la cuarta marital.

- Su carácter irrevocable<sup>322</sup>.

ROCA SASTRE, finalmente, respaldó su tesis con la repetida idea de que la finalidad del pacto consistía en actuar como correctivo al régimen de separación de bienes imperante entre los cónyuges catalanes, de modo que, en su opinión, el pacto, de carácter irrevocable y concebido como hemos expuesto, servía para proporcionar mayor seguridad que un testamento, siempre sujeto a sufrir posibles modificaciones.

---

<sup>321</sup> ROCA SASTRE, R.M., *Estudios de Derecho Civil Especial de Cataluña*, op. cit., pag. 458.

<sup>322</sup> *Ibidem*.

## 2.4. Donación *mortis causa*

Tal y como hemos expuesto, desde un principio se planteó la posibilidad de que las compras con pacto de sobrevivencia constituyeran un supuesto de donación *mortis causa*. En contra de tal planteamiento se ha argumentado que un elemento esencial de la donación *mortis causa* es su inherente *revocabilidad*, requisito que en la compra con pacto de supervivencia nunca puede darse, como hemos visto, ya que no podrá ser revocada unilateralmente por uno de los cónyuges sin el consentimiento del otro.

En contra también de esta tesis, debemos recordar la ya citada Resolución de la Dirección General de Registros y del Notariado, de fecha 19 de Mayo de 1917, según la cual:

*La constitución de un derecho real sobre bienes determinados en consideración a la supervivencia es un convenio entre vivos, cuyos desarrollos propios se encuentran en el derecho de contratación y en el de cosas, sin que la entrega del objeto o goce de una facultad post mortem sea más que una mera modalidad del convenio, nunca bastante para desnaturalizar el carácter de actos entre vivos.*

Además, esta resolución hace hincapié en que las donaciones *mortis causa*, en tanto que son unilaterales, son revocables, mientras que el pacto de sobrevivencia exige una necesaria bilateralidad.

Pues bien, frente a tales argumentos, la Audiencia Provincial de Girona, en sentencia de fecha tan reciente como el 18 de Septiembre de 2002, resolviendo sobre la institución que nos ocupa, concluyó que:

*Si sólo se establece que a la muerte de uno de ellos, el otro adquiere la totalidad del bien, llegamos a la conclusión que nos encontraríamos ante una **donación "mortis causa"**; dado que producen sus efectos por la muerte de uno de ellos.*

Esta conclusión, por otro lado, no convenció al Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, que en sentencia de 17 de marzo de 2003, resolviendo recurso de casación y extraordinario por infracción procesal interpuestos contra la anterior sentencia de la Audiencia Provincial de Girona, sin entrar a resolver sobre la cuestión que nos ocupa, pues no era objeto del recurso, manifestó:

*La Sala no comparteix el criteri de la sentència recorreguda favorable a la conversió del pacte de supervivència en una donació per causa de mort, que permetria al consort supervivent acceptar-la després de la mort de l'altre de forma expressa o tàcita, ja que com posa de relleu la doctrina més autoritzada, l'adquisició pel consort supervivent de la meitat indivisa que corresponia al premort opera de forma automàtica, és a dir, sense necessitat d'acceptació per part del supervivent, perquè el pacte de supervivència desvia la meitat indivisa que corresponia al consort premort del decurs hereditari normal, que s'integra d'aquesta forma en la patrimoni del consort supervivent.*

No mucho antes, en sentencia de 13 de Febrero de 2003, el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña ya se había pronunciado en contra de su consideración como donación *mortis causa*:

*Aquí i ara sols hem d'afegir que la posició de l'Audiència Provincial de Girona sobre conversió del pacte de supervivència convingut pels membres d'una unió estable de parella en una donació per causa de mort a favor del supervivent de la parella, no sembla admissible.*

Llama la atención la contundencia con que el Tribunal Superior de Justicia afirma que la mitad indivisa del cónyuge premuerto pasa “automáticamente” al patrimonio del sobreviviente, sin preocuparse en modo alguno en justificar dicha afirmación, lo que parece chocar con la reiterada obligación de computar dicha mitad a efectos del cálculo de la legítima, así como su imputación en pago a cuenta de la cuarta vidual...

Pero más abiertamente incluso se manifestó el mismo Tribunal en sentencia de 11 de Febrero de 1997, donde tras afirmar que:

*Para algunos autores, este pacto de sobrevivencia constituye un supuesto de donación por causa de muerte entre los cónyuges, ya que el efecto principal del pacto no se producirá hasta que muera uno de ellos. Esta postura doctrinal, sin embargo, fue rechazada por una Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de fecha 19 mayo 1917.*

Seguidamente concluyó:

*No pueden asimilarse a las donaciones, pues no existe aquí causa gratuita o de liberalidad y, a mayor abundamiento, se incardinan legalmente en el régimen familiar.*

Con lo que no es sólo su carácter revocable lo que parece alejar al pacto de sobrevivencia de la donación, sino también la falta de “liberalidad”, aspecto este que necesariamente nos recuerda la contraprestación defendida por O'CALLAGHAN, a lo que hay que sumar la naturaleza familiar que el Tribunal reconoce.

Por otro lado, y respaldando la postura de la jurisprudencia, la doctrina mayoritaria nunca se ha mostrado favorable a su consideración como donación *mortis causa*, según ya hemos visto, dejando a salvo las conclusiones de MARTIN RETORTILLO, acaso más preocupado por la cuestión tributaria, de la que me ocuparé más adelante y que ofrece no pocos quebraderos de cabeza, o incluso del propio O'CALLAGHAN, quien, si bien a regañadientes, tras criticar duramente la regulación del artículo 61 de la Compilación, a la que tilda de “incongruente y absurda”<sup>323</sup>, y tras dejar clara su ya expuesta opinión de que nos encontramos ante un contrato oneroso y aleatorio,

---

<sup>323</sup> O'CALLAGHAN MUÑOZ, X, “Comentario a los artículos...”, *op. cit.*, pag 114.

se vio obligado a admitir que “la norma legal parece asimilarlo a una donación”<sup>324</sup>.

## **2.5. Sucesión contractual**

LALINDE ABADIA opinó que era muy discutible que la institución que estudiamos pudiera encuadrarse dentro del derecho económico-matrimonial. A su modo de ver, lo adecuado habría sido regularla bien como contrato de compraventa, bien como institución propia del derecho sucesorio. La única explicación que se le ocurrió para su ubicación en la Compilación dentro del régimen económico matrimonial fue su ámbito de aplicación, esto es, las compras hechas por cónyuges catalanes casados en separación de bienes.

Su punto de vista fue que estos pactos “tienen un carácter marcadamente de derecho sucesorio, y dentro de este, de sucesión contractual, admitida por la Compilación en su artículo 97<sup>325</sup>. Esta sucesión contractual, por no tener carácter universal, será compatible con la sucesión intestada. Es más, para todo lo no previsto en los arts. 61 y 62 de la Compilación, habrá que acudir a las normas de derecho sucesorio”<sup>326</sup>.

LALINDE cita como causas que justifican su consideración como parte del derecho sucesorio, y de modo más concreto como sucesión contractual, en primer lugar, su incompatibilidad con los heredamientos, ya que considera que esta es una incompatibilidad propiamente de derecho sucesorio. En segundo lugar, la exigencia de que la mitad del cónyuge premuerto se compute como parte del haber hereditario a efectos del artículo 24, ya que “no tendría por qué serlo si esta institución fuera de derecho económico matrimonial estricto”<sup>327</sup>. Y, finalmente, la imputación a la cuarta marital de dicha mitad.

---

<sup>324</sup> *Ibid.*, pag. 115.

<sup>325</sup> El artículo 97, en su párrafo primero, establece: La herencia se defiende por testamento, por contrato o por la Ley. La sucesión intestada sólo podrá tener lugar en defecto de heredero instituido, y es incompatible con la testada y la contractual universales.

<sup>326</sup> LALINDE ABADIA, J., *op. cit.*, pag. 347.

<sup>327</sup> *Ibid.*, pag. 348.

Recordamos que la sucesión contractual supone “un modo de delación hereditaria, por el cual la voluntad del disponente – instituyente – queda vinculada de presente a otra voluntad – instituido o tercero –, de manera que aquel no puede revocar de forma unilateral su declaración, ni disponer *mortis causa* contradiciendo el pacto”<sup>328</sup>.

Lo esencial, de esta forma, es que mediante una disposición *mortis causa* se genera un vínculo obligatorio entre el instituyente y un tercero, que obliga al primero a no disponer por actos *mortis causa* de aquellos bienes o derecho sujetos, aunque conserve sobre los mismo la libre disposición por actos *inter vivos*, siempre y cuando que no perjudique las expectativas legítimas del instituido. Por otro parte, y dado su carácter *mortis causa*, siempre que exista acuerdo entre las partes que concurrieron a su otorgamiento, la institución de heredero o el legado acordado pueden revocarse, aún sin contar con el consentimiento del favorecido, en caso de que se hubiera establecido entre dos personas a favor de un tercero.

Con este planteamiento, entiendo que tanto por la obligación que se genera como por su carácter irrevocable, existen indudables coincidencias entre el pacto de sobrevivencia y la sucesión contractual. Ahora bien, ¿hasta el punto de identificarlos, como sugiere LALINDE?

CASTAN así lo creía, pues afirmó que las compras con pacto de sobrevivencia suponen “una manifestación de la sucesión contractual, a título particular, y que se reconoce en Cataluña, con independencia de los heredamientos”<sup>329</sup>, con lo que parece configurar esta institución como una suerte de modalidad de sucesión paccionada, coexistente con el sistema de heredamientos y diferente a los mismos.

Contra tales planteamientos, el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, en la ya citada sentencia de 13 de Febrero de 2003, desestimó también que las compras con pacto de sobrevivencia

---

<sup>328</sup> BAYOD LOPEZ, C., “Las novedades en materia de pactos sucesorios en la Ley Aragonesa de Sucesiones por causa de muerte”, *Estudios Jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*, Tomo IV, CABANILLAS SANCHEZ, A. (Coord.), Civitas, Madrid, 2003, pag. 5.123.

<sup>329</sup> CASTAN TOBEÑAS, J., *Derecho Civil Español, Común y Foral, Derecho de Sucesiones*, Tomo Sexto, Volumen Tercero, *op. cit.*, pag. 313.

podrían ser consideradas como un caso de sucesión contractual, manifestándose, en cambio, a favor de su estimación como institución familiar:

*El motiu segons del recurs de cassació al·lega infracció de l'article 97 de la Compilació del dret civil de Catalunya i més concretament del seu apartat segon, en el qual es preveu que «són nuls els pactes o els contractes sobre successió no oberta, llevat els que siguin admesos expressament per aquesta Compilació». Segons la part recurrent la sentència d'apel·lació vulnera aquest precepte, ja que atribueix validesa al pacte de supervivència, que configura com **un pacte successori**, a un supòsit no previst per la llei, ja que l'article 61 sols permet que puguin convenir– lo els cònjuges que viuen en règim de separació de béns.*

*El motiu segon del recurs és igualment desestimable. I ho és perquè la pretensió de la part recurrent de configurar-lo jurídicament com un pacte successori, no es considera correcta. Com s'ha argumentat en el fonament de dret segon d'aquesta resolució, les compres amb pacte de supervivència **són una institució de naturalesa familiar**, que opera com a correctiu del règim econòmic matrimonial de separació de béns voluntàriament establert pels interessats i, per tant, el seu règim jurídic és familiar i no successori, amb la conseqüència que la institució no s'ha de veure afectada per la posició del legislador català sobre àmbit de la validesa dels pactes successoris.*

Respalda estas conclusiones la también citada sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 11 de Febrero de 1997, que, como hemos visto, tras rechazar que pudieran ser consideradas estas compras como donación *mortis causa*, manifestó:

*Otros autores han sostenido que el pacto de sobrevivencia es un contrato sucesorio celebrado entre los cónyuges, lo cual parece contradecir los artículos 7 y 67 de la Compilación de Derecho Civil de Cataluña.*



En dichos puede leerse lo siguiente:

**Artículo 7**

*Son nulos los pactos o los contratos sobre sucesión no abierta, excepto los que sean admitidos por la Ley.*

**Artículo 67**, en su párrafo primero:

*El heredamiento, institución contractual de heredero, solo podrá otorgarse en capitulaciones matrimoniales, personalmente o mediante poder especial.*

Igualmente las más recientes sentencias de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 16 de octubre de 2002, y de la Audiencia Provincial de Lleida, de 20 de octubre de 2009.

Como vemos, la jurisprudencia citada parece negar lo que, a ojos de LALINDE y CASTAN, parece obvio: que el marco adecuado en que debemos contemplar la compraventa con pacto de supervivencia es, a la luz de la regulación del artículo 61, el de las transmisiones *mortis causa*, y, más concretamente, el de la sucesión contractual.

Tal conclusión, no obstante, sí aparece en la sentencia de 20 de octubre de 1995 del mismo Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, en la cual se resolvió la cuestión estrictamente jurídica, pues no existió controversia en cuanto a los hechos, de dilucidar precisamente la naturaleza de la transmisión de la mitad indivisa de una vivienda adquirida por un matrimonio por compraventa con pacto de sobrevivencia, debatiéndose si esta consistía en una transmisión «mortis causa», tal y como había interpretado la oficina liquidadora, o bien «inter vivos», según reclamaba la parte recurrente, que defendía su sujeción al Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales.

Tras examinar la precisa regulación de la institución contenida en el artículo 61 de la Compilación, el Tribunal determinó tajantemente lo

que sigue:

*No cabe la menor duda de que la adquisición con pacto de sobrevivencia supone una manifestación de la sucesión contractual, a título particular, y que se reconoce en Cataluña con independencia de los heredamientos, de ahí que no cabe la menor duda de que no fue conforme a derecho la calificación efectuada por el TEAR, y sí, en cambio, la llevada a cabo por la Oficina Liquidadora que sujetó la transmisión «mortis causa» al Impuesto de Sucesiones, girando la liquidación oportuna.*

Como vemos, una solución diametralmente opuesta a las previamente examinadas, que no hace sino acentuar lo complejo de la naturaleza jurídica de esta institución, así como la diversidad de respuestas, irresolublemente incompatibles, que suscita.

## **2.6. Institución familiar**

La repetida sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 13 de Febrero de 2003, contenía la siguiente aseveración:

*Les compres amb pacte de supervivència són una institució de naturalesa familiar, que opera com a correctiu del règim econòmic matrimonial de separació de béns voluntàriament establert pels interessats i, per tant, el seu règim jurídic és familiar i no successori.*

En armonía con dicha sentencia, y radicalmente en contra de lo opinado por LALINDE, QUINTANA PETRUS pensaba que, pese a todo lo que se había discutido con anterioridad acerca de la naturaleza jurídica de esta institución, lo cierto y real era que de acuerdo con su ubicación en la Compilación, esto es, en los artículos 61 y 62, dentro del Título III, titulado *Del régimen económico-conyugal*), Libro I, *De la Familia*, aparecía entre las normas que regulaban el régimen económico familiar,

de modo que se hacía evidente su naturaleza familiar, siendo su finalidad paliar las consecuencias derivadas del régimen de separación de bienes.

LACRUZ - DELGADO, a la hora de reseñar las distintas categorías de negocios jurídicos, se refieren entre otras clasificaciones a la que distingue entre negocios familiares, o de Derecho de familia, y patrimoniales. Los primeros son aquellos “destinados a constituir o modificar (tal vez extinguir) una relación jurídica familiar o que afecte al estado civil de las personas”<sup>330</sup>. Por el contrario, los negocios patrimoniales “tienen por objeto constituir, modificar o extinguir relaciones jurídicas económicamente valiosas y en relación a su economicidad”<sup>331</sup>.

Si la clasificación se quedara simplemente en esto, tendría poco sentido considerar como negocio familiar la compraventa con pacto de sobrevivencia, dado su evidente contenido patrimonial. Sin embargo, a continuación LACRUZ - DELGADO precisan que existe una figura intermedia entre ambas categorías, la de los negocios patrimoniales familiares, o negocios familiares de contenido patrimonial, cuyo ejemplo típico serían las capitulaciones matrimoniales<sup>332</sup>.

Por tanto, parece lógico considerar que el pacto de sobrevivencia, de considerarlo como un negocio familiar, quedaría encuadrado dentro de aquellos de alcance patrimonial.

Ahora bien, la conclusión a que llega QUINTANA, luego de señalar que no creía adecuado intentar buscar analogías con otras figuras, ni defender que constituyen una dualidad de negocios jurídicos independientes entre sí, es que “preferiría definir la compraventa con pacto de sobrevivencia como una institución con personalidad propia y, por tanto, no refundible en ninguna otra. Más concretamente, como negocio jurídico unitario, aunque complejo o mixto, encuadrado en el régimen económico-familiar catalán, que permite a los cónyuges

---

<sup>330</sup> LACRUZ BERDEJO, J.L., DELGADO ECHEVERRÍA, J., y otros, *Elementos de Derecho Civil. Parte General*, Volumen III, Dykinson, Madrid, 2005, pag. 227.

<sup>331</sup> *Ibidem*.

<sup>332</sup> *Ibidem*.

catalanes sujetos a separación de bienes y que no hayan otorgado heredamiento en favor de los contrayentes o heredamiento puro a favor de los hijos, comprar bienes conjuntamente y por cuotas iguales, pactando en el propio título adquisitivo que, al fallecimiento de uno de ellos, el sobreviviente hará suya la totalidad del bien adquirido, adquisición que se producirá *ipso iure* como consecuencia de la compraventa sin necesidad de ningún otro acto especial”<sup>333</sup>.

De tal manera, se defiende frente a las posturas enfrentadas de O'CALLAGHAN, LALINDE o ROCA SASTRE, la configuración de las compras como un negocio jurídico unitario y propio del derecho familiar catalán, postura esta que también ha defendido el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, en la sentencia de 11 de Febrero de 1.997, al decir:

*En cualquier caso, es lo cierto que de la regulación que de esta institución hace la Compilación catalana puede deducirse que estas compraventas con pacto de sobrevivencia son, en realidad, un negocio jurídico unitario lo que se deriva de que sólo pueden pactarse en el régimen económico-matrimonial de separación de bienes.*

Dicho criterio se ha mantenido, tal y como reflejan las más recientes sentencias de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 16 de octubre de 2002, y de la Audiencia Provincial de Lleida, de 20 de octubre de 2009, en las que se insiste en la reiterada doctrina jurisprudencial a favor su naturaleza familiar<sup>334</sup>, así como en la resolución de la Dirección General de Derecho y de Entidades Jurídicas de Cataluña de 3 de octubre de 2011.

Personalmente, en principio, encuentro un problema a la configuración de la compraventa con pacto de sobrevivencia como

---

<sup>333</sup> QUINTANA PETRUS, J.M., *op. cit.*, pags. 885 y 886.

<sup>334</sup> La primera de las sentencias citadas recalca que *no hay transmisión hereditaria sino tan solo una adquisición derivada del régimen económico matrimonial*. La segunda, subraya que *según se deriva de la doctrina jurisprudencial ya mencionada estamos un pacto de índole familiar y no sucesorio*.

negocio patrimonial familiar de carácter unitario, y es la ajenidad del vendedor al núcleo familiar. Y es que si, según hemos visto, los negocios familiares buscan constituir, modificar o extinguir relaciones familiares, en modo alguno me parece que tal propósito sea el que persigue el vendedor, quien únicamente pretende la transmisión de la cosa objeto del contrato, pero no regular o alterar el régimen patrimonial familiar de los compradores.

De considerar el pacto de sobrevivencia como un negocio jurídico diferente de la compraventa, aceptando la tesis dualista, claro está que todo lo dicho atenuaría el problema, dejando abierta, sin embargo, la cuestión de por qué requiere la institución familiar del negocio previo de transmisión del dominio.

De cualquier modo, parece que, en definitiva, nos encontramos con una cuestión ya vieja.

## **2.7. ¿Negocio unitario, o dualidad de negocios?**

Como ya hemos visto, desde que la doctrina comenzó a interesarse por las compraventas con pacto de sobrevivencia, una de las cuestiones que más polémica ha despertado es la de determinar si nos encontramos ante un negocio jurídico único e inescindible, tal y como defendió VALLET DE GOYTISOLO, o bien si estamos ante dos negocios jurídicos diferentes y superpuestos, al modo en que lo entendía CALVO SORIANO.

Esta cuestión se planteó y debatió de forma muy viva por el reducido grupo de autores que estudio la compraventa con pacto de supervivencia antes de que fuera regulada por la Compilación Catalana. Años más tarde, sin embargo, dicha regulación, lejos de atenuar y resolver la polémica, no hizo sino provocar que cobrara nueva intensidad.

O'CALLAGHAN MUÑOZ, como ya he citado, opinó que “se debe partir de la *dualidad de negocios jurídicos*: no es aceptable la tesis de que el conjunto de declaraciones de voluntad, con distintas causas,

puedan refundirse en un solo negocio jurídico, ni se deben confundir los negocios jurídicos que se celebran con la adquisición a que dan lugar”<sup>335</sup>, de tal modo que, según este punto de vista, aparecen dos negocios jurídicos independientes, que gozan de perfecta autonomía y de una construcción lógica, y que se diferencian de un modo definitivo por las diferentes causas que los motivan.

El pacto de sobrevivencia, entendido así, se configura como una decisión única y exclusiva de los cónyuges compradores, donde el vendedor nada tiene que hacer, y que genera una comunidad especialísima entre ellos.

Esta opinión de O'CALLAGHAN, heredada de VIRGILI y CALVO SORIANO, fue secundada, entre otros, por ROCA SASTRE, quien afirmó que fue precisamente el marco legal dado por la Compilación de 1.960 el que acabó de inclinar la balanza al lado de las tesis dualistas, pues al expresar que los cónyuges... *podrán pactar entre sí, en el propio título de adquisición*, sitúa la decisión en el ámbito exclusivo de la voluntad de los compradores, sin que el vendedor tenga decisión alguna, de acuerdo con la expresión notarial que, recordamos, destacaba VIRGILI SORRIBES: “compran por mitad y *pro indiviso* y el sobreviviente en cuanto a la totalidad” o “compran por mitad y con pacto de sobrevivencia”, formulas estas que excluían al vendedor de la decisión.

Este criterio también fue defendido desde el punto de vista práctico por los notarios RAMONEDA y ROCHA, quienes proclamaron que, en la práctica diaria de sus despachos, el vendedor se mostraba ajeno totalmente al pacto y sus posibles consecuencias<sup>336</sup>.

PUJOL CAPILLA, por su parte, opina que la tesis de la dualidad jurídica queda respaldada de un modo definitivo por la redacción de los artículos 61 y 62 de la Compilación de Cataluña, que parte de la individualidad del pacto de sobrevivencia respecto de la compraventa, “dotando al pacto de un régimen legal especial respecto a las compraventas en general: concepto, requisitos, caracteres, normas que

---

<sup>335</sup> O'CALLAGHAN MUÑOZ, X., “Comentario a los artículos...”, pag. 101.

<sup>336</sup> ROCA SASTRE, “Las compras con pacto de sobrevivencia”, *op. cit.*, pag. 460 y ss.

rigen su la vida y extinción del pacto, etc. Todo lo cual motiva la conclusión de entender que en el caso de la compraventa con pacto de supervivencia existen dos negocios jurídicos bien diferenciados, subsumidos en un mismo documento, pero de naturaleza y efectos totalmente dispares”<sup>337</sup>.

Ahora bien, no toda la doctrina está de acuerdo con estos planteamientos. CABRERA HERNANDEZ opinó que nos encontramos sin duda con un único contrato, y no con dos contratos yuxtapuestos. Partiendo de que la comunidad creada es de tipo germánico (algo en lo que más adelante profundizaremos), prescinde de la doble condición suspensiva y resolutoria que defendía VALLET, y afirma que es precisamente el carácter de dicha comunidad el que genera el efecto perseguido, excluyéndose así tras la muerte de uno de los cónyuges la necesidad de un nuevo acto para consolidar el dominio, cosa que no ocurriría si fueran dos contratos diferentes.

Respalda su postura CABRERA afirmando que la propia Compilación refuerza sus argumentos, al exigirse que el pacto de sobrevivencia se estipule exclusivamente en el propio título de adquisición, de tal modo que, si fueran dos contratos distintos, nada impediría que se pudiera otorgar dicho pacto después de celebrarse la venta, en un contrato diferente, otorgado en exclusiva por los cónyuges. La ley exige, dice CABRERA, “que en el mismo acto se determine la cosa comprada, su precio, la adquisición por mitad entre los cónyuges y el pacto de sobrevivencia y si se omite alguno de estos datos falta dicho contrato”<sup>338</sup>.

Además, y en respuesta a la diversidad de causas defendida por O'CALLAGHAN, señaló CABRERA que no hay que confundir la *causa* del contrato con los *motivos* inherentes al mismo, y que de este modo “la causa de la compraventa con pacto de sobrevivencia será siempre la de la venta, el intercambio de la cosa por precio, la onerosidad, pero

---

<sup>337</sup> PUJOL CAPILLA, P., *op. cit.* pag. 126.

<sup>338</sup> CABRERA HERNANDEZ, J.M., *op. cit.*, pag 39.

además hay unos motivos que no pueden elevarse a causa, pero que inducen a introducir el pacto de sobrevivencia”<sup>339</sup>.

No se muestra tampoco conforme CABRERA con que el pacto le sea indiferente al vendedor, pues, afirma, ha de asumir determinados riesgos, como por ejemplo los derivados del pago aplazado no satisfecho a la muerte de uno de los cónyuges, de modo que el pacto excluya la posibilidad de dirigirse a los herederos del fallecido siendo el supérstite insolvente (lo que, por otro lado, me parece un motivo de justificación excesivamente tangencial y marginal).

La conclusión de CABRERA es que se trata de un contrato mixto, como ya vimos, “pero único, el de compraventa con causa única, pero al que se añade determinado contenido propio de otro negocio, aleatorio y atípico”<sup>340</sup>, existiendo de esta manera un solo negocio (la compraventa), al que se añaden pactos ajenos, que generan por un lado la adquisición por el sobreviviente, y por otro la formación de una mancomunidad germánica.

También ROCA TRIAS y PUIG FERRIOL opinaron de modo semejante, al considerar que nos encontramos precisamente ante un negocio unitario en el que los cónyuges crean una comunidad de tipo germánico, excluyendo la titularidad por cuotas romana habitual, que sería la que se generaría de no mediar el pacto. Indican que el hecho de que sea el cónyuge sobreviviente el que quede como único titular de la cosa comprada no es sino el efecto “típico de la mancomunidad creada, y, por tanto, lo que se modifica no es el contrato de compraventa, sino la estructura de la comunidad”<sup>341</sup>.

QUINTANA PETRUS, como ya hemos visto, también defendió una postura semejante a los antedichos, pues, a raíz de la defensa hecha por O'CALLAGHAN de su naturaleza dualista, opinó que “es difícil defender la dualidad de negocios como si la compraventa, por un lado, y

---

<sup>339</sup> CABRERA HERNANDEZ, J.M., “De nuevo sobre la venta con pacto al más viviente”, *Revista Jurídica de Cataluña*, Barcelona, 1980, pag. 39.

<sup>340</sup> *Ibidem*.

<sup>341</sup> PUIG I FERRIOL, L. y ROCA I TRIAS, E., *Institucions del Dret Civil de Catalunya*, Volumen III, Tirant lo Blanc, Valencia, 1994, pags. 211 y 212.



el pacto, por otro, nada tuvieran en común. Si en realidad hubiera tal dualidad de negocios, es decir, si no se tratara de un *beneficio vidual derivado de la organización económica de la familia catalana*, no se entendería el rigor del legislador y tal pacto podría añadirse en cualquier compraventa (en realidad a cualquier título transmisivo) aun anterior al momento de la realización del pacto, pudiendo este ser efectuado no sólo por cónyuges, sino también por extraños, y ello no es así”<sup>342</sup>.

Como vemos, lejos de resolverse, la cuestión se encona, y llama la atención que tanto unos como otros hallen en el propio texto legal un fundamento ajustado a sus razonamientos.

Por otro lado, ya hemos visto como varios de los autores señalan que del pacto de sobrevivencia, o de la compraventa con pacto de sobrevivencia, según nos posicionemos, surge una especial comunidad:

## **2.8. La comunidad surgida del pacto de sobrevivencia**

Afrontar la cuestión del tipo de comunidad que surge tras la celebración de la compraventa con pacto de sobrevivencia supone también enfrentarnos a posturas irreconciliables.

La existencia de una comunidad de bienes, o sobre un bien, supone que un derecho corresponde en común a varios sujetos. Siguiendo el artículo 392 del Código Civil, que parece preocuparse sólo de las comunidades surgidas a raíz de un derecho de propiedad compartido, pero que por eso mismo nos conviene en nuestro caso, *hay comunidad cuando la propiedad de una cosa o de un derecho pertenece pro indiviso a varias personas*.

Tradicionalmente, y entre otros sistemas de clasificación, se ha diferenciado la llamada comunidad romana o por cuotas de la denominada comunidad germánica o en mano común.

La comunidad romana se caracteriza, *grosso modo*, porque a cada uno de los copropietarios les corresponde una parte alícuota e ideal de

---

<sup>342</sup> QUINTANA PETRUS, J.M., *op. cit.*, pag. 884.

la cosa, esto es, una *cuota*, de modo que su derecho sobre esa parte ideal de la cosa común es independiente. Al ser independiente, cada comunero puede disponer de su propia cuota libremente (con las limitaciones que establece la ley), y en cualquier momento puede solicitar la división de la cosa común mediante la *actio communi dividundo*, para la realización de su derecho (siempre que sea divisible; en caso contrario, puede solicitar que se adjudique a uno que compense a los demás, o que se venda la cosa y se reparta el precio de forma proporcional a la participación de cada uno en la comunidad).

Por otro lado, la comunidad germánica se diferencia de la anterior en que no hay cuotas: la cosa pertenece íntegramente y de modo colectivo a todos los copropietarios, de tal modo que su participación en la comunidad únicamente se traduce en una expectativa para el caso de que la comunidad se disuelva, dejando a salvo, por supuesto, el derecho de cada uno a utilizar la cosa. Junto a este derecho, nos encontramos con que, al no haber cuotas, ninguno de los comuneros puede disponer ni enajenar su participación en la comunidad, y tampoco existe nada parecido a la *actio communi dividundo*, pues únicamente se podrá enajenar la cosa obrando todos los copropietarios de común acuerdo.

Partiendo de este básico esquema, al enfrentarnos a la naturaleza de la comunidad formada por los cónyuges al adquirir la cosa con pacto de sobrevivencia, observamos como una parte de la doctrina es firme defensora de que la comunidad originada es de tipo romano, mientras que otros justifican precisamente lo contrario, esto es, su condición germánica.

VALLET DE GOYTISOLO, como primer referente en casi todo lo que tiene que ver con la compraventa con pacto de sobrevivencia, se mostró contrario a considerar la comunidad nacida como germánica, entre otras razones:

- Porque cada comprador adquiere una mitad indivisa, la que implica la atribución ideal de cuota, que no existe en la germánica.
- Porque la muerte de uno de los cónyuges concentra la propiedad

en el otro, excluyendo cualquier idea de división, naciendo en la sociedad germánica la acción de división de la extinción del vínculo personal.

– Porque la administración de la cosa sigue las reglas de la comunidad romana.

La solución de VALLET, que por otro lado considera “sugestiva”, y matizando señalando que “sólo en último extremo hay que acudir a ella”<sup>343</sup>, es que nos encontramos con una comunidad romana caracterizada por un extraordinario *ius adcrecendi*, entendiendo como tal que la transmisión de la mitad del fallecido a favor del supérstite, lejos de suponer una adquisición supone simplemente una ampliación o acrecimiento del propio derecho. Aún así, el propio VALLET no se mostraba convencido de su propia construcción, tal y como razona ROCA SASTRE, que, comentando la solución de VALLET y sus propias reticencias, se muestra contrario a reconocer tal derecho de acrecer, por las implicaciones que esto conllevaría, al exigirse que las dos mitades indivisas fueran entonces enajenables.

El mismo ROCA SASTRE sí coincidió con VALLET, en cambio, al asegurar que estamos ante una comunidad romana, aunque sin detenerse mucho en su justificación. Tras comentar escuetamente que consideraba un “desacierto” todo intento de definir dicha comunidad como germánica, adoptó la conclusión de VALLET de que faltan las características más esenciales de dicha comunidad (sin entrar siquiera a recordar cuáles eran esas características), y concluyó que la adquisición de la cuota indivisa tras el fallecimiento de uno de los cónyuges “obedece a causa ajena a tal derecho de acrecimiento”<sup>344</sup>, pero sin indicar a que causa obedece, ni tampoco explicar la causa de la indisponibilidad de las cuotas, ni los motivos de la ausencia de la acción de división.

El análisis que efectuó QUINTANA PETRUS a favor de su consideración como comunidad romana sí fue más detallado.

---

<sup>343</sup> VALLET DE GOYTISOLO, J., “La compraventa por mitades...”, *op. cit.*, pag. 717.

<sup>344</sup> ROCA SASTRE, R.M., “Las compras con pacto de supervivencia”, *op. cit.*, pag. 468.

Para empezar, señaló que hay que tener en cuenta que nos encontramos ante una “institución catalana muy peculiar con unos caracteres propios muy definidos”<sup>345</sup>, que se incardina en el régimen de separación de bienes. Dado que la comunidad surgida de dicho régimen es indudablemente romana, al adquirir los cónyuges por mitad y *pro indiviso* con pacto de sobrevivencia, su opinión es que dicho pacto matizará o dulcificará los efectos de dicho régimen, “pero dudo que ello sea suficiente para concluir que aquella compra *por mitad y pro indiviso* que, de no existir pacto de sobrevivencia, implicaría la existencia de una comunidad romana indiscutible, por la simple presencia del mismo pase a definirse como germánica o en mano común”<sup>346</sup>.

Reconociendo QUINTANA que se excluyen por el pacto algunos de los rasgos distintivos de la comunidad romana, en virtud de la regulación dada por la Compilación, tales como la necesidad de actuar conjuntamente para poder disponer de la cosa, el hecho de que ninguno de los cónyuges pueda disponer de su cuota, y que se excluya la *actio communi dividundo*, se cuestionó dicho autor sobre si esto era suficiente para concluir que estamos ante una comunidad germánica.

A su modo de ver, el mayor obstáculo que aparece proviene de la propia regulación, bajo la formulación de la división en *cuotas*. Efectivamente, QUINTANA, señala que acaso la inclusión de este término haya sido desacertada, pero que no es menos cierto que figura en el texto legal, pues el artículo 61 se refiere a bienes comprados *conjuntamente y por cuotas iguales*, siendo además la práctica habitual inscribir en el Registro de la Propiedad los inmuebles así adquiridos por mitad y *pro indiviso*, lo que necesariamente nos sitúa ante una comunidad romana.

Junto a este argumento, esgrimió los siguientes:

En primer lugar, señaló que, pese a que la *actio communi dividundo* es característica de la comunidad romana, al legislador no le ha importado que se pueda pactar la indivisión por diez años

---

<sup>345</sup> QUINTANA PETRUS, J.M.M *op. cit.*, pag. 890.

<sup>346</sup> *Ibidem*.

prorrogables (artículo 400 del Código Civil), sin que ello afecte a la naturaleza romana de la comunidad.

En segundo lugar, tampoco le pareció determinante que se obligue a la disposición conjunta, de modo que ninguno de los cónyuges pueda disponer individualmente de su cuota, pues la propia finalidad del pacto conllevaría la falta de dicha limitación. Cita QUINTANA que en la institución contractual de heredero, por ejemplo, se limita la capacidad de disposición del heredante sobre sus propios bienes sin que deje por ello de ser propietario.

Por otro lado, razonó que, siendo lo más característico de la comunidad germánica que la cosa adquirida pertenezca a la colectividad sin que haya atribución ideal de cuotas, en la institución que estudiamos a cada uno le corresponde *una mitad indivisa*, haciéndose esto más que evidente no sólo por la inscripción practicada en este sentido en el Registro, sino también porque, en caso de frustrarse la finalidad perseguida, bien sea por un posible procedimiento de apremio contra la mitad indivisa de uno de los cónyuges, bien porque, como añadió la reforma de 1.984, se produzca la ineficacia de dicho pacto por razón de un procedimiento de nulidad, separación judicial o divorcio, la conclusión es que cada cónyuge quedará como titular de una mitad indivisa, de la que, por otro lado y tal y como se inscribió, *ya era titular*.

Su opinión, en definitiva, es que “estamos ante un supuesto muy especial de comunidad que, como tantos otros existentes en nuestro Derecho, son difícilmente reconducibles a los esquemas clásicos de la comunidad romana (por cuotas) o germánica (en mano común)”<sup>347</sup>, lo que parece bastante razonable, dada la complejidad del problema que nos ocupa.

Sin embargo, dicho esto, no le importó reconocer que, de verse obligado a elegir, él se decantaría por la comunidad romana, que por otro lado “constituiría un supuesto especialísimo de comunidad romana, que se incrusta en un negocio familiar contrario a la intromisión de un tercero que, por eso mismo, impide la disposición de

---

<sup>347</sup> QUINTANA PETRUS, J.M., *op. cit.*, pag. 892.

la propia cuota. Así pues, dada la finalidad perseguida por los cónyuges a través de este negocio, no hay inconveniente en aceptar que el bien adquirido por cuotas iguales se sujete a un régimen de excepción que viene ya perfectamente tasado por el Derecho catalán”<sup>348</sup>.

Ahora bien, como ya hemos anunciado, no toda la doctrina opina como los anteriores autores:

O'CALLAGHAN MUÑOZ defendió fervientemente que nos encontramos ante una comunidad de tipo germánico. Tras analizar los orígenes en derecho romano de esta comunidad y establecer sus rasgos distintivos, su deducción fue que la comunidad surgida del pacto de sobrevivencia no puede considerarse romana, y esto es así porque “los dos principios básicos de la comunidad romana son el derecho de disponer de la propia cuota y el de exigir la división de la cosa: ambos son negados, el primero por los números 1.º y 2.º, y el segundo por el número 3.º del artículo 62. Con ello se demuestra que no hay verdaderas cuotas que pertenezcan a cada cónyuge, a pesar de que el artículo 61 emplee la expresión “por cuotas iguales”, sino que los cónyuges están ligados a la comunidad de la que teóricamente y con efectos de disfrute, utilización y administración y en algún caso de disolución futura, son titulares por mitad, conjuntamente, pero con respecto a su ideal cuota, si es que así puede llamarse, no pueden disponer ni pueden materializar mediante la división de la cosa común”<sup>349</sup>.

Rechazando que pueda considerarse la comunidad que nos ocupa como “solidaria”, O'CALLAGHAN concluyó que estamos ante una comunidad germánica, ya que el artículo 62, al prohibir los actos de disposición de las cuotas o participaciones y la división de la cosa común, nos acerca más a este modelo y nos aleja del romano. En este sentido, afirmó que la atribución de cuotas por la compilación

---

<sup>348</sup> *Ibidem*. A tenor de lo dicho, recordamos que el libro V del Código Civil de Cataluña, en su artículo 551-1, párrafo 3, señala que, salvo prueba en contrario, en las situaciones de comunidad se presume la comunidad ordinaria indivisa.

<sup>349</sup> O'CALLAGHAN MUÑOZ, X., “Comentario a los artículos...”, *op. cit.*, pag. 106.

únicamente gozará de trascendencia cuando se disuelva la comunidad, pero no antes. El derecho de propiedad, mientras dura la comunidad, pertenece a los cónyuges por igual, sin cuotas, sin que ninguno pueda ejercitar un derecho separado por sí mismo ni pedir la división. “Es el único caso en que se da, en Derecho español, una comunidad de tipo germánico sobre un bien concreto”<sup>350</sup>.

La postura de CABRERA HERNANDEZ es parecida a la de O'CALLAGHAN, pues entiende que la diferencia fundamental entre las dos formas de comunidad que analizamos, esto es, la romana y la germánica, estriba en que en la romana el derecho de propiedad está dividido en cuotas ideales, que corresponden a cada dueño de forma íntegra e independiente, con valor propio, dividiéndose así el mismo derecho de propiedad en tantas cuotas como dueños haya. En la comunidad germánica, por otro lado, la totalidad de la cosa pertenece íntegramente a todos los condueños, hallándose su valor limitado precisamente por la concurrencia del derecho de los demás propietarios, a quienes corresponde el derecho de propiedad sobre la cosa al completo, sin división, pero con la limitación necesaria que supone que el resto de los comuneros tengan un derecho exactamente igual.

Partiendo de este planteamiento, expresó CABRERA que la comunidad surgida de la compraventa con pacto de sobrevivencia es germánica, pues entre los cónyuges se establece un condominio de este tipo, en el que la cuota sólo implica participación en la comunidad, pero sin atribución ideal de una porción, como ocurre en la romana.

La ausencia expresa, en virtud del artículo 62, de la acción de división de la cosa común no hace sino fundamentar aún más su opinión, y salva la referencia a las cuotas que se hace en el mismo artículo atribuyendo su inclusión a que está “mal expresado, pues no hay tales cuotas o adquisición por mitad, sino del todo por cada uno de los cónyuges”<sup>351</sup>. El derecho es indisponible, según hemos visto, y la

---

<sup>350</sup> *Ibid.*, pag. 107.

<sup>351</sup> CABRERA HERNANDEZ, J.M., *op. cit.*, pag. 38.

adquisición por parte del sobreviviente se justifica en base al *acrecentamiento*, de tal modo que no habría una cuota vacante, sino más bien una persona vacante, que, al desaparecer, produce el efecto de que el derecho de la otra se extienda a la totalidad de la cosa.

La repetida sentencia de 11 de Febrero de 1997 del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña llega a unas conclusiones semejantes:

*Cuando los cónyuges adquieren algo con el pacto de sobrevivencia, **excluyen el efecto normal de cotitularidad romana por cuotas y crean una comunidad en mano común**. Por ello, puede afirmarse que la estructura del negocio jurídico está formada por **dos elementos**, que lo configuran como único: la compraventa normal que ambos cónyuges, como compradores, realizan a un tercero vendedor y el pacto hecho entre los mismos cónyuges, que deciden que la cotitularidad sea en mano común, con todos los efectos que de ello se derivan.*

Nos remitimos, a modo de cierre, a la opinión del magistrado VIGO MORANCHO, quien indica que, pese a lo enfrentado de las dos posturas analizadas, tanto los defensores de una como los de otra están de acuerdo en tres aspectos:

1º Queda excluida la acción de división de la cosa común.

2º Queda excluida la posibilidad de cualquier tipo de acto individual de disposición.

3º En caso de ineficacia del pacto de sobrevivencia por causa sobrevenida, la comunidad existente se extingue y surge en sustitución una comunidad romana o por cuotas inmediatamente<sup>352</sup>.

---

<sup>352</sup> VIGO MORANCHO, A., *La compraventa con pacto de supervivencia en el Codi de Família*, Web Jurídica Vigo, 2008, [www.agtvm.com/Compraventa\\_pacto\\_sobrevivencia.htm](http://www.agtvm.com/Compraventa_pacto_sobrevivencia.htm).



### **3. El Código de Familia de 1998 y el Libro II del Código Civil Catalán**

Siguiendo con el planteamiento propuesto, me detendré brevemente en el Código de Familia de Cataluña en 1.998, así como en el vigente Libro II del Código Civil de Cataluña (Ley 25/2010, de 29 de julio) y su Proyecto, para estudiar el modo en que ha evolucionado su regulación, a fin de plasmar la trascendencia que dicha regulación ha tenido en la naturaleza jurídica de esta institución.

#### **3.1. Ley 9/1998 de 15 de Julio, del Código de Familia**

El Código de Familia de 1.998 regula las compraventas con pacto de supervivencia (que así se denominan a partir de ahora en el texto legal, abandonando el término tradicional “sobrevivencia”), en el Título II, “Los Regímenes Económicos Matrimoniales”, Capítulo I. “El Régimen de Separación de bienes y las compras con pacto de supervivencia”, Sección II. “Las compras con pacto de supervivencia”.

Dichos artículos son herederos, lógicamente, de todo lo anterior. Sin embargo, podemos percibir algunas diferencias.

#### ***Artículo 44. Régimen de los bienes.***

*1. Los cónyuges que, en régimen económico de separación, compren bienes conjuntamente y por mitad pueden pactar en el mismo título de adquisición que, cuando se produzca el fallecimiento de cualquiera de ellos, el sobreviviente resulte único titular de la totalidad.*

*2. Mientras vivan los dos cónyuges, los bienes adquiridos con este pacto han de regirse por las siguientes normas:*

*a) No pueden ser enajenados ni gravados, si no es por acuerdo de ambos.*

*b) Ninguno de los cónyuges puede transmitir a terceras personas su derecho sobre los bienes.*

*c) Debe mantenerse necesariamente la indivisión de los bienes.*

3. En los bienes comprados por ambos cónyuges con pacto de supervivencia, la adquisición de la participación del premuerto debe computarse en la herencia de éste, a efectos del cálculo de la legítima, y, en su caso, debe imputarse en pago a cuenta de la cuarta viudal.

**Artículo 45.** *Incompatibilidad con el heredamiento.*

El pacto de supervivencia resulta ineficaz si uno de los cónyuges adquirentes ha otorgado un heredamiento a favor de terceros contrayentes o ha otorgado un heredamiento puro a favor de sus hijos y el heredamiento resulta eficaz al morir el heredante.

**Artículo 46.** *Extinción.*

1. El pacto de supervivencia se extingue por:

a) El acuerdo de ambos cónyuges durante el matrimonio.

b) La renuncia del sobreviviente.

c) La declaración de nulidad del matrimonio, la separación judicial, el divorcio o la separación de hecho acreditada fehacientemente.

d) La adjudicación de la mitad del bien como consecuencia del embargo establecido en el artículo 47.

2. Si a la muerte de uno de los cónyuges hubiera en trámite una demanda de separación, divorcio o nulidad del matrimonio, los herederos del premuerto pueden proseguir la acción planteada a efectos de la declaración de extinción del pacto de supervivencia.

3. En los casos a que se refiere el apartado 1 y en los tipificados en el artículo 45, salvo que se estipule de otro modo, la ineficacia y extinción del pacto de supervivencia determinan la cotitularidad de los cónyuges, o del cónyuge sobreviviente y de los herederos del premuerto, o bien del cónyuge no deudor y del adjudicatario de la mitad del cónyuge deudor, en pro indiviso ordinario.

**Artículo 47.** *Embargo.*

1. El acreedor de uno de los cónyuges por deudas propias o por deudas familiares puede solicitar el embargo sobre la mitad que el

*deudor tiene sobre los bienes comprados con pacto de supervivencia.*

*2. El embargo debe notificarse al cónyuge que no sea parte en el litigio.*

*A estos artículos es conveniente sumar el párrafo segundo del artículo 48, en el que en relación con el régimen de participación en las ganancias, se establece:*

*2. Este régimen debe convenirse en capítulos matrimoniales y se rige, en todo aquello que no esté previsto en los mismos, por las disposiciones del presente capítulo. En último término, durante su vigencia se rige por las normas del régimen de separación de bienes, incluidas las relativas a las compras con pacto de supervivencia.*

Dado que lo que ahora nos interesa es analizar la naturaleza jurídica de la institución que nos ocupa, de modo que más adelante tendremos tiempo de analizar detalladamente su completa regulación, a estos efectos percibimos dos grandes modificaciones:

La primera, la supresión del término cuotas. El artículo 44 exige ahora que *se compren bienes conjuntamente y por mitad*, lo que, en principio, podría parecer un claro éxito de los defensores de la tesis de que la comunidad nacida de la compraventa con pacto supervivencia es de tipo germánico, sino fuera porque se sigue manteniendo que la adquisición es *por mitad*. ¿Cómo debemos entender esto? Si la finalidad era establecer claramente que se originaba una comunidad germánica, lo mejor habría sido indicar “los cónyuges que compran bienes conjuntamente”, sin añadir nada más, dejando para un momento posterior más oportuno el hablar de mitades; concretamente, para el artículo 46, que habla de la extinción, como la consecuencia lógica de la disolución anticipada de dicha comunidad. Ya que esto no fue regulado así, cabría preguntarse si tal ambigüedad se debe a un error del legislador, o si fue su voluntad mantener tal incertidumbre. Para ello, resulta clarificador echar un vistazo a la nueva regulación del Libro II

del Código Civil Catalán. En el mismo, y como si el artículo 44 actuara como un cauteloso puente que sirviera para dejar atrás la antigua concepción de la Compilación, leemos:

*Artículo 231-15. Régimen de los bienes adquiridos con pacto de sobrevivencia*

*1. Los cónyuges o futuros contrayentes que adquieran bienes conjuntamente a título oneroso pueden pactar en el mismo título de adquisición que, cuando cualquiera de ellos muera, el superviviente devenga titular único de la totalidad.*

Al citado artículo lo complementa el 231-18, que en su párrafo 3 indica:

*La ineficacia y la extinción del pacto de supervivencia determinan la cotitularidad, en comunidad indivisa ordinaria, de los cónyuges, o del cónyuge superviviente y de los herederos del premuerto, o bien del cónyuge no deudor y del adjudicatario de la mitad del cónyuge deudor.*

De esta forma, vemos como, ahora sí, la intención del legislador en este punto se torna clara, pues al eliminar en el artículo 231-15 (sucesor del 44.1. del Código de Familia) cualquier referencia a cuotas o mitades indivisas y exigir únicamente que se adquiriera conjuntamente y a título oneroso, parece remarcar el carácter germánico de la institución, siguiendo el camino señalado por O'CALLAGHAN o CABRERA. Esta concepción queda, en mi opinión, perfectamente ratificada por el artículo 231-18, al decretarse que la ineficacia o extinción del pacto suponen la aparición de una comunidad indivisa ordinaria, lo que da a entender sin ambages que la comunidad existente hasta entonces no lo era.

Por todo ello, y siguiendo la deriva del artículo 44 al 231-15, creo que podemos considerar, con suficiente fundamento, que lo que a día de hoy debemos entender es que el pacto crea una comunidad

germánica, sin distribución de cuotas, incrustada por acuerdo entre los otorgantes dentro de un matrimonio que se rige por separación de bienes, y de modo que afecte únicamente a un bien en concreto. En sentido bastante impropio, casi podríamos hablar de un bien “ganancial” en un matrimonio regido por la separación de bienes.

El segundo cambio significativo que nos encontramos en el Código de Familia, a mi modo de ver, aparece en el artículo 48, que indica que aquellos cónyuges casados en *régimen de participación* también podrán adquirir, mediante compraventa, bienes con pacto de sobrevivencia.

Esta modificación, al igual que la progresiva eliminación de la idea de que los cónyuges adquieren “por mitad”, nos aleja del origen legislativo de este tipo de adquisiciones; más aún si tenemos en cuenta que la corriente jurisprudencial favorable a que las *parejas de hecho* también pudieran incluir el pacto en sus compraventas, tal y como se recogía en la sentencia de 13 de febrero de 2003 del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, dio paso posteriormente a la inclusión de tal posibilidad en el artículo 234-3, párrafo tercero, del Código Civil de Cataluña<sup>353</sup>.

Esta significativa evolución evidencia la distancia que separa el fundamento de la institución actual del que, según la opinión de la mayoría de la doctrina, fue causa y origen de la misma: proteger al cónyuge más débil de los desajustes e injusticias derivados del sistema de separación de bienes, como hemos visto.

Al no haber régimen que corregir, ¿cómo se fundamentó la inclusión del pacto en una compraventa? ¿Sobre que base se equipara el régimen de pareja de hecho con el de los casados en separación de bienes? ¿Acaso basta simplemente con la voluntad de los otorgantes? Si esto es así, ¿por qué no admitirlo también en la sociedad de gananciales? Dado que aquí, en cierto modo, se configura un bien como ganancial dentro de un matrimonio regido por la separación de bienes,

---

<sup>353</sup> Véase a este respecto FARNOS AMOROS, E. *op. cit.*

o incluso en el seno marcadamente transitorio de una pareja de hecho, ¿por qué no aceptar que en la propia sociedad de gananciales se pueda dar el efecto de excluir de la misma la participación del premuerto tras su disolución, con el fin de “proteger”, en el más amplio sentido, al superviviente?

Al justificar su aplicación a las parejas de hecho, el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña expuso en la referida sentencia de 13 de Febrero de 2003 lo siguiente:

*...Una vegada precisada la naturalesa familiar de les compres amb pacte de supervivència, és que en el context de la Compilació de l'any 1960 tenen la finalitat concreta de protegir uns interessos familiars derivats del matrimoni, atès que en aquells moments de forma gairebé natural s'identificaven els conceptes de Família i de Família matrimonial, fet que fonamentaria el criteri dels compiladors de limitar als cònjuges la possibilitat de pactar unes compres amb pacte de supervivència. Però no hem d'oblidar ara que el contracte que ha originat el litigi es va convenir l'any 1985, és a dir, després de la vigència de la Constitució, que en el seu article 39.1 estableix que «els poders públics asseguruen la protecció social, econòmica i jurídica de la Família» i que segons la sentència del Tribunal Constitucional 222/1992, d'11 de desembre, «nuestra Constitución no ha identificado la familia a la que manda proteger con la que tiene su origen en el matrimonio, conclusión que se impone no sólo en la regulación bien diferenciada de una institución y otra, sino también, junto a ello, por el mismo sentido amparador y tuitivo con que la Norma fundamental considera siempre a la familia».*

*Si ens atenem, doncs a la situació actual ens trobem davant de relacions que es constitueixen per decisió lliure i espontània dels interessats que responen a uns interessos típicament familiars, encara que es constitueixen al marge dels requisits que estableix la llei, com succeeix en relació amb les unions de fet o unions estables de parella, que s'originen amb la finalitat de desenvolupar un projecte de vida en comú semblant, encara que no idèntic, al matrimoni. Amb la*

*conseqüència que si les unions no matrimonials encaixen en el concepte de Família que es deriva de la Constitució, institucions pensades i regulades per a protegir determinats interessos patrimonials de la Família matrimonial, es poden fer extensives a la Família que es deriva d'una unió estable de parella, ja que segons l'article 5.1 de la Llei Orgànica del Poder Judicial els organismes jurisdiccionals han d'interpretar i aplicar les lleis segons els preceptes i els principis constitucionals, d'acord amb la interpretació que resulta de les decisions del Tribunal Constitucional.*

*Aquests raonaments ens porten a establir que si per la via d'unes compres amb pacte de supervivència es poden corregir en base al principi d'autonomia privada determinats inconvenients que pot presentar el règim econòmic matrimonial de separació de béns, en el context jurídic social i familiar que s'ha imposat després de la vigència de la Constitució, el mateix principi d'autonomia privada pot encarrilar determinats interessos patrimonials d'una unió estable de parella que s'ha perllongat durant uns vint anys per la via d'establir entre els convivents un pacte de supervivència en un contracte de compra-venda, si així es creu adient per tal de protegir uns interessos familiars. Amb la conseqüència que s'ha de desestimar el motiu primer del recurs de cassació, fonamentat en la pretesa nullitat del pacte de supervivència pel fet d'haverlo convingut persones unides per una unió estable de parella i no uns cònjuges en règim de separació de béns.*

A mi juicio, el Tribunal retrocede más allá de los años sesenta a esa concepción, más abierta y original, que admitía el pacto entre cualquier tipo de personas, tuvieran o no parentesco. Esto último, especialmente, no me parece en absoluto mal... Pero lo que debemos plantearnos es si, al decidir el legislador catalán de la Compilación reducir los sujetos protagonistas del pacto de supervivencia a los cónyuges, y más concretamente a aquellos en que regía la separación de bienes, su voluntad no fue precisamente la de limitar a ese único supuesto su aplicación (ampliada posteriormente al matrimonio en

participación), a fin de no separarse del espíritu original que anima a esta institución. Si esto fuera así, ¿hasta qué punto es legítimo admitir el pacto entre parejas de hecho, pero no entre padres e hijos, o entre abuelos y nietos? Si lo único que cuenta es el aspecto *familiar* y no el *régimen económico matrimonial*, sinceramente, no entiendo su reducción a la *pareja*, entendida en el más amplio sentido (como matrimonio y pareja de hecho), en base a una consideración de la *familia* precisamente en su sentido más restringido, esto es, el matrimonio o pareja de hecho, con exclusión de los hijos o abuelos, sólo por hablar del núcleo más cercano.

### **3.2. Libro II del Código Civil de Cataluña**

A efectos meramente expositivos, y dado que más adelante haré amplia referencia a este cuerpo legal, toda vez que es el texto legal vigente que regula en la actualidad las compras con pacto de sobrevivencia, me limito ahora a transcribir los artículos correspondiente, sin hacer más que una o dos precisiones.

Su actual regulación se enmarca dentro del Libro II del Código Civil Catalán en el Título III, *De la Familia*, Capítulo I, *Alcance de la Institución Familiar*, Sección II, *Relaciones Económicas entre los Cónyuges*, Subsección II, *Adquisiciones onerosas con pacto de supervivencia*.

Dos cosas llaman de entrada la atención sobre de la nueva regulación: en primer lugar, su ubicación, ya que ahora se acomoda en el título destinado a regular las relaciones familiares, y más en concreto las relaciones económicas entre los cónyuges, pero no como parte de las normas propias de los regímenes económicos matrimoniales, que era lo que se había hecho en el Código de Familia, vinculándolas directamente al régimen de separación de bienes, cosa que ahora no sucede.

Lo segundo que nos sorprende, por supuesto, es el cambio de su propia denominación: ya no se hace referencia a las “compraventas” con pacto de supervivencia, sino a las “adquisiciones onerosas”, con lo que



se amplían las posibilidades y se da satisfacción a aquellos que reclamaban la posibilidad del pacto de supervivencia en cualquier tipo de contrato oneroso.

Ambas modificaciones, a mi entender, son prueba del trabajo riguroso y serio con el que se ha encarado la regulación del Código Civil Catalán, pues evidencian que no se han limitado a transcribir las viejas normas en un texto nuevo, sino que realmente se ha visto dominada la nueva regulación por un autentico espíritu reformista, abierto a admitir cambios en instituciones ya consagradas. Al menos, en parte.

Por otro lado, el preámbulo del Libro II del Código Civil de Cataluña contiene una significativa aclaración, y es que, tras apuntar que la institución se mantiene en el ámbito familiar, expresamente admite que tal inclusión no excluye la posibilidad de que, dentro o fuera del ámbito familiar, se pueda acudir a otras figuras próximas, aunque de un alcance y régimen diferenciados, como los heredamientos y las atribuciones particulares. Reveladora anotación sobre la que más adelante volveremos

Dicho esto, paso a transcribir el contenido actual del Libro II en lo que se refiere a las, a partir de su promulgación, adquisiciones onerosas con pacto de supervivencia:

**Artículo 231-15.** *Régimen de los bienes adquiridos con pacto de supervivencia.*

*1. Los cónyuges o futuros contrayentes que adquieran bienes conjuntamente a título oneroso pueden pactar en el mismo título de adquisición que, cuando cualquiera de ellos muera, el superviviente devenga titular único de la totalidad.*

*2. Mientras vivan ambos cónyuges, los bienes adquiridos con pacto de supervivencia deben regirse por las siguientes reglas:*

*a. No pueden ser enajenados ni gravados, si no es por acuerdo de ambos cónyuges.*

*b. Ninguno de los cónyuges puede transmitir a terceras personas su derecho sobre los bienes.*

c. *Debe mantenerse la indivisión de los bienes.*

3. *En los bienes adquiridos con pacto de supervivencia, la adquisición de la participación del premuerto debe computarse en la herencia de este por el valor que tenga la participación en el momento de producirse el fallecimiento, a los efectos del cálculo de la legítima y de la cuarta vidual, y debe imputarse a esta por el mismo valor. En caso de renuncia, se entiende que el renunciante no ha adquirido nunca la participación del premuerto.*

4. *El pacto de supervivencia otorgado por futuros contrayentes caduca si el matrimonio no llega a celebrarse en el plazo de un año.*

**Artículo 231-16.** *Incompatibilidad con el heredamiento.*

*El pacto de supervivencia deviene ineficaz si uno de los cónyuges adquirentes ha otorgado con anterioridad un heredamiento universal y este es eficaz al morir el heredante.*

**Artículo 231-17.** *Embargo y concurso.*

1. *El acreedor de uno de los cónyuges puede solicitar el embargo sobre la parte que el deudor tiene en los bienes adquiridos con pacto de supervivencia. El embargo debe notificarse al cónyuge que no es parte en el litigio.*

2. *En caso de declaración de concurso, la parte correspondiente al cónyuge concursado se integra en la masa activa. El otro cónyuge tiene derecho a sustraer de la masa esta parte satisfaciendo su valor. Si se trata de la vivienda familiar, el valor es el del precio de adquisición actualizado de acuerdo con el índice de precios al consumo específico del sector de la vivienda. En los demás bienes, el valor es el que determinen de común acuerdo el cónyuge del concursado y la administración concursal o, en su defecto, el que fije la autoridad judicial después de haber escuchado a las partes y previo informe de un experto si lo considera pertinente.*

**Artículo 231-18.** *Extinción.*

1. *El pacto de supervivencia se extingue por:*
  - a. *Acuerdo de ambos cónyuges durante el matrimonio.*
  - b. *Declaración de nulidad del matrimonio, separación judicial o de hecho, o divorcio.*
  - c. *Adjudicación a un tercero de la mitad del bien como consecuencia del embargo o de un procedimiento concursal.*
2. *La ineficacia y la extinción del pacto de supervivencia determinan la cotitularidad, en comunidad indivisa ordinaria, de los cónyuges, o del cónyuge superviviente y de los herederos del premuerto, o bien del cónyuge no deudor y del adjudicatario de la mitad del cónyuge deudor.*

Dado que en este momento únicamente nos interesa el pacto de sobrevivencia desde el punto de vista de su naturaleza jurídica, acaso quepa destacar, tras lo dicho sobre el tipo de comunidad que, a mi entender, surge ahora del pacto de sobrevivencia, como innovación de cierta relevancia, la referencia al plazo de validez del pacto otorgado por razón del matrimonio entre futuros contrayentes, que me recuerda, en cuanto fórmula, plazo y finalidad, a las capitulaciones matrimoniales.

#### **IV. Conclusiones sobre la naturaleza jurídica de la compraventa con pacto de sobrevivencia**

##### **1. Perspectiva histórica y crítica**

Tras todo lo expuesto hasta este punto, creo que la única conclusión realmente cierta que puede extraerse es la absoluta ausencia de acuerdo en lo que se refiere a la naturaleza jurídica de las compraventas con pacto de supervivencia. Se han propuesto soluciones de toda índole, tan dispares como que el pacto constituye un negocio oneroso y aleatorio, un pacto capitular, un supuesto de sucesión contractual, una donación *mortis causa*, o bien una institución de naturaleza familiar; y eso sin olvidar la inacabable discusión acerca de

si existe un único negocio jurídico o varios, ni los problemas derivados de la comunidad que surge del mismo.

Partiendo de este desconcertante desacuerdo, mi sugerencia es que volvamos, una vez más, la vista atrás, retrocediendo a lo que dijimos acerca de esta institución al hablar de sus orígenes.

Si hacemos memoria, algunos de los primeros autores estudiados, tales como VALLET DE GOYTISOLO y CALVO SORIANO, coincidieron en afirmar que el origen de las compras con pacto de sobrevivencia residía en la voluntad de los cónyuges de paliar las injusticias derivadas del régimen de separación de bienes imperante en Cataluña. Esta es una idea ampliamente aceptada por autores posteriores, siendo suscrita, por citar alguno de los estudiados, por O'CALLAGHAN MUÑOZ<sup>354</sup> o ROCA SASTRE<sup>355</sup>.

Ahora bien, si creemos a VALLET DE GOYTISOLO, que fue el primer autor que, según se ha insistido, estudió rigurosamente esta institución, con vocación científica, los pactos de sobrevivencia también fueron acordados en su origen entre familiares más o menos cercanos, como hermanos, o tíos y sobrinos, sin que se pusiera en duda su validez. La consecuencia lógica es clara: entre estos últimos nunca se pudo perseguir, como finalidad, evitar las consecuencias de un régimen económico matrimonial que no afectaba directamente al negocio jurídico celebrado. Aún así, dichos pactos fueron válidos. ¿Desvirtúa este hecho la teoría sobre el origen de la compraventa con pacto de sobrevivencia? Creo que no del todo: entiendo que lo ocurrido fue que el uso más habitual del pacto entre esposos, con la citada finalidad protectora, se hizo general, frente a escasos supuestos aislados en que otras personas lo incluyeron en sus adquisiciones, de modo que la práctica diferenció entre un pacto *genérico* y otro más concreto, acordado entre los cónyuges con la consabida finalidad de salvaguarda.

Esta concreción supuso, a mi entender, el primer cambio

---

<sup>354</sup> O'CALLAGHAN MUÑOZ, X, *op.cit.*, pag. 100: "el origen de la institución: el régimen de separación de bienes – único en el que cabe – perjudica al cónyuge - normalmente a la mujer – que carece de capacidad económica adquisitiva durante el matrimonio".

<sup>355</sup> ROCA SASTRE, R.M., "Las compras con pacto de sobrevivencia", *op. cit.*, pags. 458 y 459.

reseñable en la vida de la institución que nos ocupa, pues alrededor de este caso particular de pacto entre cónyuges se desarrolló la doctrina de VALLET, CALVO SORIANO y VIRGILI SORRIBES, tendentes a delimitar el pacto de sobrevivencia como figura jurídica diferenciada y regida por una reglas propias, más allá del principio de autonomía de la voluntad, vinculada a los cónyuges catalanes casados en separación de bienes.

El segundo momento realmente trascendente llegó superada la primera mitad del pasado siglo, siendo desencadenado por la Compilación de Derecho Civil de Cataluña, que normalizó por primera vez las compraventas con pacto de sobrevivencia. Este hecho supuso un hito de enorme trascendencia, pues, más allá de dar mera forma normativa a una institución propia del derecho consuetudinario, implicó un determinante cambio y un sorprendente avance, pues, en mi opinión, se le otorgó un carácter distinto, de modo que el legislador acuñó realmente una nueva institución a partir de la preexistente: la redacción implicó un cambio tan drástico que generó una figura nueva y enterró a la anterior. Consecuencia de todo esto es que los efectos de tal cambio no hayan dejado de ser polémicos hasta el día de hoy.

La redacción establecida en los artículos 61 y 62 de la Compilación limitó legalmente los pactos de sobrevivencia a las compraventas efectuadas por cónyuges catalanes casados en separación de bienes. Entre sus grandes aciertos, se puede destacar, sin duda, el artículo 62, que estableció las normas que debían regir la comunidad surgida del pacto, constituyendo un fiel reflejo de la práctica consuetudinaria anterior, y cuyo contenido prácticamente no se ha modificado desde entonces.

Entre sus defectos, o, más bien, entre sus elementos ciertamente polémicos, encontramos la ya comentada referencia a las cuotas, y, sobre todo, la obligación de computar la participación del premuerto en su herencia y su imputación a la cuarta marital.

El que la compra tuviera que practicarse conjuntamente y por cuotas iguales, dio lugar, según ya hemos expuesto, a un largo debate sobre la naturaleza de la comunidad surgida de la misma. La

Compilación fue ambigua, el Código de Familia aclaró poco, y el actual Libro II del Código Civil Catalán parece despejar, con cincuenta años de retraso, toda duda a favor de la comunidad germánica. Ahora bien, ¿es esto lo más indicado?

Según hemos visto, las normas sancionadas por la Compilación daban paso a una comunidad especial, quizá más semejante a la germánica que a la romana en cuanto a su contenido, pero no en cuanto a su aspecto formal. Sin ánimo de reiterar todo lo dicho anteriormente, realmente me parecen algo forzadas las teorías que pretenden defender la existencia de una comunidad romana de la que es preciso eliminar, precisamente, sus rasgos más distintivos, como son la disponibilidad de la cuota y la acción de división de la cosa común.

Ahora bien, no es menos cierto que los dos textos legales anteriores al actual, esto es, la Compilación y el Código de Familia, precisaron que las compras se efectuaban conjuntamente y por mitad. Esta redacción, sin lugar a dudas, reflejaba de forma fiel las antiguas formulas de inclusión del pacto tras la compraventa que, según hemos visto, se acuñaron en los orígenes de esta institución: tanto en los modelos defendidos por VALLET como en los referenciados por CALVO SORIANO o VIRGILI SORRIBES, se incluía casi siempre la exigencia de que las compras fuesen *por mitad*, que es precisión, por otro lado, perfectamente justificable bajo el sistema de separación de bienes.

El legislador actual, sin embargo, ha decidido, y creo que con acierto, si atendemos en exclusiva a concretar y definir, a día de hoy, la naturaleza jurídica que corresponde a la comunidad surgida del pacto, prescindir de la exigencia de la adquisición por cuotas iguales, lo que, trayendo a colación toda la histórica polémica ya expuesta, supone, a mi entender, un claro intento de aclarar su condición de comunidad germánica, pues limita toda referencia a partes iguales al momento de la extinción anticipada del pacto (lo que no deja de recordar a la disolución y liquidación de la sociedad de gananciales).

Todo esto, desde la perspectiva privilegiada que nos ofrece el devenir doctrinal expuesto, me parece correcto y útil; pero, ¿se ajusta a

los orígenes de la compra con pacto de sobrevivencia? La respuesta ha de ser, necesariamente, que no. Pero esta afirmación, me apresuro a aclarar, no ha de entenderse como una crítica a la decisión del legislador, sino, únicamente, como una prueba de que esta institución, en su corta vida, se ha transformado considerablemente para ajustarse al modelo que en cada momento se ha ido estimando oportuno.

Precisamente esta idea de transformación en su evolución, es, a mi parecer, lo esencial para comprender el desarrollo y la regulación actual de las compraventas con pacto de sobrevivencia. Sin ir más lejos, es la idea sobre la que se articula el segundo cambio trascendental que, según he adelantado, fue introducido por la Compilación en el párrafo segundo del artículo 61, posiblemente, el que más conflictos ha planteado desde su redacción original:

*En los bienes comprados por ambos cónyuges con pacto de sobrevivencia, la adquisición de la participación del premuerto se computará en la herencia de este a efectos de lo previsto en el artículo 24 y cálculo de la legítima, y se imputará en pago a cuenta de la cuarta marital.*

Dicha redacción ha perdurado en el tiempo, sin apenas sufrir cambios, desde la Compilación de 1960 hasta el Libro II del Código de Civil Catalán, donde, en su artículo 231-15, párrafo 3, leemos:

*En los bienes adquiridos con pacto de supervivencia, la adquisición de la participación del premuerto debe computarse en la herencia de este por el valor que tenga la participación en el momento de producirse el fallecimiento, a los efectos del cálculo de la legítima y de la cuarta viudal, y debe imputarse a esta por el mismo valor. En caso de renuncia, se entiende que el renunciante no ha adquirido nunca la participación del premuerto.*

Contra esta regulación, se han vertido múltiples críticas:

O'CALLAGHAN MUÑOZ consideró el segundo párrafo del artículo 61 como algo sencillamente “incongruente” y “absurdo”. Defendió que no tenía sentido tal inclusión, ya que la muerte de uno de los cónyuges, bajo su punto de vista, no da lugar a transmisión alguna, ni empobrece un patrimonio en beneficio del otro, sino que, siendo ambos en vida propietarios del mismo bien, al morir uno, el sobreviviente sigue siendo su titular, pero sin compartir ya dicha titularidad con nadie.

Opinaba O'CALLAGHAN además que, si la finalidad reconocida de la compraventa con pacto de sobrevivencia era favorecer al cónyuge “y remediar los posibles inconvenientes de la separación absoluta de bienes, con esta norma se coarta la institución y, a mayor abundamiento, provoca que la participación del premuerto se compute en su herencia para el cálculo de la legítima y, a la muerte del cónyuge sobreviviente, esta participación vuelva a entrar en el cómputo de su respectiva legítima”<sup>356</sup>, lo que, efectivamente, no parece casar con ese espíritu original de protección.

CABRERA HERNANDEZ tampoco se mostró benévolo en este punto con la Compilación. Calificó la redacción del artículo 62 como “nefasta”, y la acusó de “desnaturalizar” la titularidad de cada uno de los cónyuges. En su opinión, con tal regulación se pretendió proteger a los posibles descendientes del uso fraudulento del pacto de sobrevivencia, presuponiendo con ello que ese uso fraudulento iba a ser general, lo que no parece lógico. También consideró inadecuada la imputación a la legítima, al suponer necesariamente que la mitad del premuerto “ingresó en el patrimonio del causante, cuando en realidad sólo tenía una expectativa”<sup>357</sup>. Tampoco estaba de acuerdo con que la mitad indivisa del fallecido se imputara a la cuarta marital, pues, si de lo que se trataba era de proteger al cónyuge, no parecía tener mucho sentido reducir sus derechos hereditarios al incluir en los mismos algo que, tras la defunción de su cónyuge, debería ser directamente suyo.

PUJOL CAPILLA, después de opinar que ni los derechos de los

---

<sup>356</sup> O'CALLAGHAN MUÑOZ, X., “Comentario a los artículos...”, *op. cit.*, pag. 114.

<sup>357</sup> CABRERA HERNANDEZ, J.M., “De nuevos sobre...”, *op. cit.*, pag. 602.



legitimarios, ni el derecho del cónyuge viudo a la cuarta marital, tienen demasiado que ver con las compraventas con pacto de sobrevivencia, recuerda que desde 1960 la doctrina se ha opuesto a las sucesivas regulaciones que han mantenido vigente tal precepto, repitiendo que realmente la mitad del premuerto nunca ha pasado a formar parte de su haber hereditario, de modo que tal exigencia le parece “más que jurídicamente criticable, absolutamente reprochable”<sup>358</sup>.

No debemos considerar, por otra parte, que estas críticas se limiten a la doctrina, ni que no hayan tenido alcance práctico: en la anteriormente citada resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 19 de Mayo de 1917, así como la de 24 de Abril de 1918, ya se afirmaba la adquisición *ipso iure* de la mitad del bien sujeto al pacto de sobrevivencia por el cónyuge sobreviviente, criterio también seguido en la sentencia de 17 de Marzo de 2003 del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña. En estas tres resoluciones, tan distantes en el tiempo, se excluye claramente su consideración como una forma de transmisión *mortis causa*.

La sentencia de 13 de Febrero de 2003 del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, incluso va más allá, al afirmar con rotundidad la naturaleza familiar y no sucesoria de la institución, criterio, por otra parte, ya defendido en sentencia de 11 de Febrero de 1997 por la Sala Contencioso Administrativa de dicho Tribunal, en la que se afirmó que *el fallecimiento del cónyuge no supone que su cuota ideal en la cosa adquirida se transmita al otro cónyuge y este la adquiera mortis causa, sino que supone que la colectividad conyugal, constituida sobre aquel bien, desaparece para dar lugar a un titular único, pues ahora no ha de compartir su derecho de propiedad con otra persona*.

En este sentido, también podemos citar la resolución de 22 de Enero de 2007 de la Dirección General de Derecho y Entidades Jurídicas de Cataluña<sup>359</sup>, en la que se afirma que *la interpretación que*

---

<sup>358</sup> PUJOL CAPILLA, P, *op. cit.*, pag. 212.

<sup>359</sup> Entre otras funciones, corresponde a esta institución resolver aquellos recursos

*la doctrina más autorizada hace del artículo 44,1 del Código de Familia es que “la premoriencia de uno de los otorgantes determinará la adquisición automática, recta vía, por el otro, sin que el bien haga tránsito a la herencia del primero”. Y también la más reciente resolución de 3 de octubre de 2011, en la que se llega a afirmar que la previsión del artículo 44.3 del Código de Familia, en relación con la computación de la adquisición en la herencia, a los efectos de cálculo de la legítima, tiene únicamente su efecto en el ámbito tributario y en el de la fijación del valor de la legítima, pero no le hace perder su sentido de institución de derecho de familia, ligada al régimen tradicional de separación de bienes*<sup>360</sup>.

De todo esto se extrae, necesariamente, que tanto la doctrina como los diferentes órganos jurisdiccionales citados, salvo contadas excepciones, son contrarios a su consideración como parte de las transmisiones *mortis causa*. Y, sin embargo, el legislador catalán no sólo no ha cambiado su regulación, habiendo tenido excelentes oportunidades para ello, sino que la ha mantenido y precisado hasta la actual redacción del reciente artículo 231-15, párrafo 3 del Código Civil de Cataluña, lo que supone, de hecho, una ampliación de la restricción respecto de la original redacción del artículo 61, que limitaba su imputación a los efectos del artículo 24, donde se hacía referencia a las limitaciones establecidas para el cónyuge binubo que quisiera hacer donaciones a favor de su nuevo cónyuge, para el caso de que tuviera hijos del primer matrimonio.

Es decir: que pudiendo el legislador catalán eliminar cualquier referencia al cómputo de la legítima, así como la imputación del bien sujeto al pacto a la cuarta vidual, no lo ha hecho; con lo que no sólo ha mantenido el criterio asentado en 1960, sino que lo ha reforzado a base de rectificaciones que en nada han alterado este aspecto del negocio que

---

que versen sobre la calificación de títulos y cláusulas concretos en materia de derecho civil catalán que den lugar a practicar una inscripción en cualquier Registro de la Propiedad, Mercantil o de Bienes Muebles de Cataluña.

<sup>360</sup> No deja de ser sorprendente que se reconozca, a la vez, la incidencia de la adquisición del premuerto en el cálculo de su legítima junto con su naturaleza “familiar” y no sucesoria.

estudiamos.

En tal sentido, no debemos olvidar que el Código de Familia, el en su artículo artículo 44. 3., estableció lo siguiente:

*En los bienes comprados por ambos cónyuges con pacto de supervivencia, la adquisición de la participación del premuerto debe computarse en la herencia de éste, a efectos del cálculo de la legítima, y, en su caso, debe imputarse en pago a cuenta de la cuarta vidual.*

Y esta redacción, según hemos expuesto, ha sido mantenida en el Libro II del Código Civil Catalán, en su artículo 231-15, que incluso ha afinando un poco más, al precisar el valor por el que ha de imputarse el bien a efectos de calcular la legítima.

La pregunta que indefectiblemente surge en este momento es: ¿cómo es posible que doctrina y jurisprudencia se pronuncien tan radicalmente a favor de la transmisión automática de un cónyuge a otro, negando cualquier posibilidad de que quede encuadrada dentro de las transmisiones por causa de muerte, mientras que el legislador sigue reclamando que se compute en la herencia del premuerto para calcular la legítima y, en su caso, se impute a la cuarta vidual? La respuesta que se me ocurre es sólo una: doctrina y jurisprudencia siguen pensando en la compraventa con pacto de supervivencia con la mentalidad *previa* a la entrada en vigor de la Compilación de 1.960, que modificó radicalmente la naturaleza de la institución que estudiamos, vinculándola a las transmisiones gratuitas y *mortis causa*. El legislador, en cambio, sí ha percibido, querido y mantenido esa evolución.

Expondré de un modo más detallado esta conclusión.

Tal y como hemos visto, las compraventas con pacto de sobrevivencia han ido transformándose con el paso del tiempo. Nacieron, tal y como las entendemos, seguramente a lo largo del siglo XIX en aquellas regiones de Cataluña ya indicadas en el primer capítulo, como un pacto que podía ser incluido en cualquier

compraventa, sin depender específicamente de un vínculo de parentesco concreto; posteriormente, la práctica notarial, durante la primera mitad del siglo XX mantuvo esa tendencia, aunque se fue asentando la idea de que sería más oportuno y correcto defender que dicho pacto (o, mejor dicho, tipo de compraventa, según nos decantemos a favor de la tesis dualista o unitaria) únicamente podía otorgarse entre cónyuges catalanes casados en separación de bienes, lo que supuso una especificación del mismo, que fue apoyada por la doctrina (por otro lado, compuesta casi en exclusiva por los propios notarios).

Desde esta perspectiva, se desarrolló su estudio y debate, y producto de todo ello fue su inclusión en la Compilación de 1960. Pero el legislador catalán no se contentó con recoger los frutos de ese desarrollo doctrinal y darles traslado a la norma, sino que, sin que quedara debidamente justificado el motivo (más allá del criterio de VALLET DE GOYTISOLO, algo confuso dadas sus conclusiones, favorable a que se imputara la mitad del premuerto en su herencia para el cálculo de la legítima), consideró adecuada la redacción tal y como hemos visto del párrafo segundo del artículo 61, vinculándola al derecho sucesorio o, al menos, a las transmisiones gratuitas. Esto contrarió a la doctrina y a los tribunales, y, a la vista de las resoluciones y opiniones actuales, entiendo que sigue haciéndolo.

Sin embargo, pese a todo lo dicho, contando con la orientación jurisprudencial y el criterio doctrinal mayoritario en contra, su redacción se ha mantenido. Tras cinco modificaciones, la última de ellas bien reciente, en ninguna de ellas se ha apartado el legislador de su planteamiento original. ¿Por qué? ¿Es que el legislador persiste en su error, haciendo oídos sordos a doctrina y jurisprudencia, simplemente por ineptitud, o por llevar la contraria? Tras esas cinco reformas, en las que, por ejemplo, si se ha modificado, según hemos visto, el modo de adquirir de los cónyuges, eliminando la referencia a las cuotas; o se ha atendido a los problemas suscitados por el embargo de la parte de uno de los cónyuges; o se ha dado cabida a otro tipo de transmisiones más allá de la compraventa en que pueda incluirse el pacto; o se ha

equiparado la pareja de hecho al matrimonio; lo único que se nos ocurre es lo único que tiene sentido: que no puede tratarse de un error. Que el legislador decidió cambiar la naturaleza del pacto al legislarlo por primera vez, y que ha mantenido ese criterio. De hecho, aunque su inclusión primera se debiera a un error, su simple permanencia y reiteración deberían eliminar su consideración errónea, y forzar así un replanteamiento sobre su naturaleza jurídica.

Incide en esta idea el mismo preámbulo del Libro II del Código Civil de Cataluña, cuando señala la proximidad de las adquisiciones onerosas con pacto de sobrevivencia a figuras como los heredamientos y las atribuciones particulares. El legislador señala que estas tienen un “alcance y régimen distinto”, como efectivamente es, pero no una naturaleza diferente. En verdad, lo que parece querer decir, al reiterar que se mantienen en el ámbito familiar, es que ámbito subjetivo queda reducido a tal núcleo, dada la tradicional vinculación de esta institución al matrimonio. Pero cuando expresamente cita la vinculación señalada con la sucesión contractual, y luego mantiene la trascendencia sucesoria de la adjudicación recíproca al no eliminar la referencia al cómputo de la legítima, ni la posible inclusión como parte de la cuarta viudal, no podemos sino reconocer el evidente puente que traza el legislador entre ambas instituciones.

En este sentido se han manifestado recientemente autores como GARRIDO MELERO, al ser su opinión que el pacto de supervivencia es una modalidad de sucesión paccionada, evidentemente vinculada con los pactos sucesorios de atribución particular de carácter mutua<sup>361</sup>; o PUIG BLANES, para quien constituye una especie peculiar de pacto sucesorio no sujeta a las formalidades de los heredamientos y limitada a un único y concreto bien, que es el previamente adquirido<sup>362</sup>.

Y es que, guste o no, la ley exige que la mitad del premuerto se

---

<sup>361</sup> GARRIDO MELERO, M., *Derecho de Familia. Tomo I, Régimen de la pareja matrimonial y legal*, Marcial Pons, Madrid, 2013, pag. 314.

<sup>362</sup> PUIG BLANES, F.P., “Comentarios al Capítulo 1, del Título III del Libro II del Código Civil de Cataluña”, *Comentarios al Código Civil de Cataluña*, Tomo I, PUIG BLANES, F.P. y SOSPEDRA NAVAS, F.J. (Coord.), Civitas - Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2011, pag. 276.

impute en su *herencia a efectos del cálculo de la legítima*, y esto nos lleva, necesariamente, a aceptar que estamos ante una transmisión gratuita, que bien puede adoptar el ropaje de una donación *mortis causa*, como reconocía el propio O'CALLAGHAN, de mala gana, de modo que habría que vigilar que no fuera inoficiosa; o bien, el de un caso de sucesión contractual, supuesto este que, al movernos en el terreno del derecho civil catalán, ha llevado a algún autor a vincular el pacto con los heredamientos, y en donde habría que cuidar que se respete la intangibilidad de la legítima.

La tercera opción podría ser considerar el pacto como una donación *inter vivos* con eficacia *post mortem*, pero no nos parece una buena alternativa, sobre todo a la vista del Libro IV del Código de Civil catalán, pues, contra a lo permitido por el Código Civil, el derecho catalán ha admitido la validez de las donación *mortis causa*, ya reguladas en la Compilación, y ahora especificadas también en el nuevo Código Civil, que en su artículo 832-1, párrafo segundo, sanciona que *las donaciones otorgadas bajo la condición suspensiva de que el donatario sobreviva al donante tienen el carácter de donaciones por causa de muerte y están sujetas al régimen jurídico de estas, sin perjuicio de las disposiciones en materia de pactos sucesorios*.

Tanto por su admisibilidad como por su directa vinculación, ya que precisamente el pacto de supervivencia se basa en la condición de que uno de los otorgantes sobreviva al otro, me parece la posibilidad más acertada, puestos a considerar el pacto de supervivencia como una donación, el de optar directamente por la donación *mortis causa*.

Desde esta perspectiva, volver sobre el debate acerca de su carácter oneroso o gratuito puede parecer innecesario. Y es que, repito, a mi juicio, no tiene sentido que una transmisión de carácter oneroso pueda perjudicar la legítima, y que de este modo haya que computarla en la herencia, ya que la colación está reservada a las adquisiciones a título gratuito, nunca a las onerosas<sup>363</sup>, lo cual debería ser argumento

---

<sup>363</sup> LACRUZ BERDEJO, J.L., RAMS ALBESA, J., y otros, *Elementos de Derecho Civil*, Tomo V., *op. cit.*, pag. 321. Afirman que el título “oneroso no es apto para satisfacer la

bastante como para no reincidir en el asunto.

Aunque pienso que el planteamiento que más se ajusta al espíritu original de las compras con pacto de supervivencia es el de que se forma una comunidad sin atribución de cuotas, de modo que si fallece uno de los comuneros el otro quede como único titular, evitándose así el tracto a la herencia y beneficiándose de modo efectivo al cónyuge superviviente, que adquiriría automáticamente, lo cierto y real es que me parece que este planteamiento choca de tal modo con la actual regulación que se hace indefendible, pues, de ser esta la situación, nunca habría que llevar el bien al caudal relicto del premuerto, lo que la ley exige. Y, si lo exige, hemos de pensar que es porque el legislador considera que hubo una transmisión gratuita originada por la muerte de uno de los copropietarios, y que por ello se hace necesario su cómputo en la herencia de este a fin de confirmar que no sea inoficiosa.

Ninguna transmisión onerosa, repetimos, daría lugar a tal cómputo.

Pienso que cualquier consideración en contrario por parte de los juzgados y tribunales, empecinándose en que se trata de una transmisión automática que no pasa por el haber hereditario, se estrella frontalmente contra la reiterada y consciente voluntad del legislador de incluirla en el mismo<sup>364</sup>.

Por otro lado, en contra de su consideración como transmisión *mortis causa*, se ha argumentado la inclusión de las compraventas con pacto de supervivencia dentro del Libro dedicado a la Familia, como si la disposición de las normas dentro de un cuerpo legal concreto fuera criterio de absoluta seguridad e inamovible. Recordemos que, en tiempos, se consideró la cuarta vidual como perteneciente al derecho de familia, y no de sucesiones, por ejemplo. O que las donaciones siguen ubicadas en el Código Civil lejos del Libro dedicado a los contratos; o,

---

legítima”.

<sup>364</sup> Téngase en cuenta que, en todo momento, me estoy refiriendo a las adquisiciones con pacto de supervivencia efectuadas al amparo de lo dispuesto del Código Civil de Cataluña, nunca a aquellos otros supuestos en que las partes, en virtud de la autonomía de la voluntad, establezcan algún tipo de sistema análogo, bajo sus propias disposiciones.

en el mismo cuerpo legal, que todo lo relativo al régimen económico matrimonial se mantiene en el Título III del Libro Cuarto, “De las Obligaciones y Contratos”, y no en Libro Segundo; sólo por poner algunos ejemplos.

Los criterios sistemáticos que rigen la disposición de las normas en cada cuerpo legal no deben ser entendidos como un rígido corsé, sino que hay que penetrar en la *mens legis*, y en su alcance práctico. Parece lógico regular en la parte dedicada al régimen de separación de bienes una institución que, en principio, sólo podía pactarse entre esposos casados en tal régimen, así como que en la actualidad se ubique su reglamentación en la sección dedicada a ordenar las relaciones económicas entre cónyuges, ampliando su campo de aplicación, dada la trascendencia que en dichas relaciones puede alcanzar, así como en atención al sujeto protagonista del pacto, que son dichos cónyuges.

Llegados a este punto, y antes de analizar cuál es, o puede ser, efectivamente, la naturaleza jurídica del pacto de sobrevivencia, creo que resulta conveniente resumir, del modo más escueto posible, mi percepción de la situación en que nos encontramos.

Las compraventas con pacto de sobrevivencia, tal y como surgieron a finales del siglo XIX y se desarrollaron durante la primera mitad del XX, fueron reguladas por primera vez por el legislador en la Compilación de Derecho Civil de Cataluña de 1960, más de un modo que las transformó al exigir una serie de requisitos antes nunca contemplados. Este proceso dio lugar a que el nuevo armazón legal, confuso y desarrollado a partir del derecho consuetudinario y las opiniones unos cuantos autores, hiciera surgir una nueva institución, vinculada a las transmisiones gratuitas *mortis causa*, que es la que se ha mantenido y perfeccionado hasta nuestros días. Esta última afirmación se sustenta, especialmente, en la reiterada voluntad del legislador catalán de mantener su vinculación con la legítima y la cuarta vidual, algo en lo que no cabe duda tras la entrada en vigor del



Libro II del Código Civil Catalán, que, suponiendo una nueva transformación, por cuanto ya no se exige su exclusiva inclusión en las compraventas, ni la distribución por cuotas, ni su circunscripción al régimen de separación de bienes, ha mantenido las ya clásicas exigencias.

He afirmado que estas conclusiones se fundan, de modo casi exclusivamente, en el texto legal. Dado que la ley es la fuente primera de nuestro ordenamiento jurídico, y que tanto la jurisprudencia como la doctrina pueden complementarla, pero nunca reinterpretarla excluyendo caprichosamente aquellas palabras o frases incómodas para dar cabida a interpretaciones acomodaticias, y dado que la novedad del vigente Libro II del Código Civil Catalán es tan cercana como para no poder alegar que el uso ha llevado a que las normas contenidas en el mismo estén fuera de la realidad, pues tal proximidad en el tiempo refuerza necesariamente el ánimo del legislador, en este punto en absoluto reformista, me parece el punto de partida más lógico.

El legislador catalán del siglo XXI, tras revisar todo su Derecho civil en un encomiable esfuerzo, ha decidido, en esta institución en concreto, que la adquisición de la participación del premuerto se compute en su herencia a los efectos del cálculo de la legítima y de la cuarta vidual, debiendo imputarse a esta por el valor que tuviera dicha participación en el momento de producirse el fallecimiento. Con tal regulación, realmente, no sólo está manteniendo su naturaleza gratuita y *mortis causa*, sino que la ha reforzado, al innovar precisamente en el nuevo texto con la inclusión del criterio de valoración a que hay que someter dicha participación, algo hasta ahora no precisado<sup>365</sup>.

Salvo que defendamos la impericia del legislador catalán, tal que implicaría el desconocimiento de los efectos jurídicos de sus propias palabras, nos parece que esta conclusión está más allá de toda duda.

Lo que fue la compraventa con pacto de sobrevivencia, ya lo

---

<sup>365</sup> El artículo 231-15, apartado 3, indica que *la adquisición de la participación del premuerto debe computarse en la herencia de este **por el valor que tenga la participación en el momento de producirse el fallecimiento**, a los efectos del cálculo de la legítima y de la cuarta vidual, y debe imputarse a esta por el mismo valor.*

hemos visto. Lo que es *ahora* es lo que debe preocuparnos.

## 2. Posibles soluciones

Parto, pues, de que se trata de una transmisión gratuita y *mortis causa*. Y, como he adelantado, sólo son dos las soluciones que se me ocurren desde esta perspectiva: configurarla como donación *mortis causa* o como algún tipo de pacto sucesorio.

Ahora bien, antes de profundizar en estos planteamientos, haré bien en detenerme momentáneamente en señalar cuál es la opinión mayoritaria de la doctrina: PUJOL CAPILLA, en su destacable trabajo sobre las compraventas con pacto de sobrevivencia<sup>366</sup>, acaso el más detallado y completo publicado hasta la fecha, afirma que “la naturaleza *inter vivos* no creemos que sea cuestionada por nadie hoy en día”<sup>367</sup>.

Su razonamiento para llegar a tal conclusión es que existen determinados “negocios *inter vivos* que presuponen la muerte de una de las partes, pero no para su eficacia, sino para su ejecución. Creemos que ésta es la razón fundamental de la distinción. El hecho de que la eficacia de tales negocios se desarrolle, o no, por causa de la muerte de uno de los dos contratantes”<sup>368</sup>.

A continuación, expone que el pacto de sobrevivencia es ya eficaz durante la vida de los cónyuges, pues origina una especial comunidad de tipo germánico, en la que la muerte de uno de sus componentes determina su extinción, pero en modo alguno su eficacia: “Tras la muerte, el efecto que ésta produce es que cesa la comunidad, y el dominio se unifica integrándose en su totalidad en el patrimonio del cónyuge supérstite, porque así se estableció en el pacto. No es que los efectos del pacto se produzcan tras la muerte de uno de los contratantes, en realidad los efectos se están produciendo desde que se

---

<sup>366</sup> PUJOL CAPILLA, P., *op. cit.*

<sup>367</sup> *Ibid.*, pag. 130. A día de hoy, sin embargo, encontramos posturas manifiestamente contrarias a tal afirmación; así en los citados trabajos de PUIG BLANES o GARRIDO MELERO, lo que acaso evidencia un cambio en la percepción de esta figura jurídica desde la fecha en que fue publicado el referido trabajo de PUJOL CAPILLA.

<sup>368</sup> *Ibid.*, pag. 129.

compra el bien conjuntamente, en cuanto que se crea una comunidad en la que se producirá un efecto peculiar al tiempo de su disolución por muerte de uno de los comunes, y es que, desde que se crea la comunidad entre los compradores se produce el efecto de hacer surgir una esperanza de adquisición y una posibilidad de pérdida, con carácter aleatorio en ambos casos para cada uno de los patrimonios implicados”<sup>369</sup>.

Dos son las objeciones se me ocurren tras esta exposición:

La primera de ellas es que no debemos perder de vista la *finalidad* del contrato, su *causa*. Atendiendo exclusivamente al texto legal, sin temor a equivocarnos, podemos enunciar cual es la intención de los contratantes al incluir el pacto en la compraventa: *que, cuando cualquiera de ellos muera, el superviviente devenga titular único de la totalidad*. Los cónyuges, o futuros cónyuges, no buscan constituir una especial comunidad que rija su condómino durante toda su vida, de modo que la muerte de uno de ellos suponga, finalmente, la extinción del mismo y, en consecuencia, la adquisición del pleno dominio. No. Lo que ellos buscan precisamente es esta finalidad concreta de adquisición exclusiva por uno de ellos, de modo que la especial comunidad surgida es algo que deben respetar para obtener dicho fin, pero sin que sea lo que persiguen, y además por imperativo legal, toda vez el Código Civil Catalán ordena que *los bienes adquiridos con pacto de supervivencia deben regirse por las siguientes reglas*, para enumerar a continuación las consabidas normas.

Esto me parece que es importante. El pacto será eficaz si, tras la muerte de uno de los cónyuges, el otro deviene titular de la totalidad de la cosa, sin que ninguna de las causas reguladas en los artículos 231-16 y 231-18 hayan determinado su ineficacia y extinción.

El ánimo de los otorgantes no es constituir una comunidad: es determinar la propiedad de la cosa adquirida tras el fallecimiento de uno de ellos.

La propia Compilación, en su artículo 25, enumeraba las causas

---

<sup>369</sup> PUJOL CAPILLA, P., *op. cit.*, pags. 129 y 130.

de ineficacia del pacto, y posteriormente, tanto el Código de Familia como el Código Civil Catalán han hablado de ineficacia para referirse a la situación de coexistencia del pacto con el heredamiento, hermanando los efectos de esta ineficacia con los de la extinción.

Mi opinión es que la comunidad que nace del pacto es simplemente un elemento accesorio, cuya finalidad estriba en salvaguardar la eficacia del negocio, dado que esta queda pospuesta a un momento ulterior, que además puede o no llegar, según concurra alguna de las causas de extinción e ineficacia que la ley enumera. Si alguna de estas se produce, el pacto se extingue sin haber producido el efecto perseguido, y la comunidad cesa.

La segunda objeción que planteo tiene necesariamente que ver con todo lo dicho hasta ahora sobre su cómputo para efectuar el cálculo de la legítima y su imputación a la cuarta viudal: no es posible que el objeto de un negocio oneroso sea computado a efectos de la legítima del contratante, y, tampoco que sirva de pago a derechos hereditarios, en este caso, a la cuarta viudal.

Retrotrayéndome a las opiniones vertidas antes de la Compilación, reconozco que me cuesta trabajo encontrar la contraprestación en la adquisición con pacto de sobrevivencia. Sinceramente, no veo la reciprocidad de sacrificios. Es más, no veo sacrificio alguno: cuando uno fallece, ya no puede ganar ni perder nada, de modo que el sobreviviente adquiere, pero el fallecido no pierde. Esta es mi opinión, sujeta, por supuesto, a todo tipo de críticas.

Ahora bien, si no existiera la regulación legal, seguramente podría considerar lo que acabo de decir bajo otro prisma. El prisma de O'CALLAGHAN MUÑOZ, por ejemplo, que sí ha defendido esta contraprestación, sobre todo, por atención al resultado final de adquisición automática por parte del superviviente, que yo creo que es (o debería ser, más bien) el elemento clave de esta institución.

Desde esta perspectiva (que entiende el pacto de supervivencia como un negocio oneroso), habría que admitir que cada uno de los

otorgantes, obrando de un modo totalmente egoísta y pensando sólo en sí mismo, y no en su cónyuge (lo que supone un ejercicio de cinismo considerable), sacrificara su aspiración personal de convertirse algún día, por fin, en único propietario de la cosa comprada, a cambio de que el otro hiciera lo mismo. Y habría que admitirlo porque, al configurarse como un negocio oneroso, ese automatismo en la adquisición, defendido por la jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia catalán y por gran parte de la doctrina, podría acontecer sin mayores problemas, evitando su inclusión en la masa hereditaria. Pero es que el legislador exige su inclusión en la masa. Y la exige no sólo a efectos de comprobar que la legítima no ha sido menoscabada, sino que además ordena su inclusión en el haber hereditario para dar pago a la cuarta viudal.

Cómo es que esto se ha ido ignorando categóricamente desde el año 1960, es algo que no alcanzo a comprender.

### **2.1. Donación *mortis causa***

La primera posibilidad que he anunciado es la de la donación *mortis causa*. A ella se opone el clásico obstáculo de la **revocabilidad** inherente a las donaciones, frente a la irrevocabilidad necesaria de la compraventa con pacto de sobrevivencia por parte de uno de los otorgantes. Efectivamente, de los artículos 231-15 y 131-18 del Libro II del Código Civil Catalán se desprende que ninguno de los dos, de forma unilateral, puede dejar sin efecto el pacto de sobrevivencia.

Frente a la aparente (y discutida) prohibición del artículo 620 del Código Civil de celebrar donaciones *mortis causa*, el Código Civil de Cataluña, según se ha dicho, sí acepta su otorgamiento, dedicándoles el Capítulo II, del Título III, del Libro IV. De hecho, de la lectura del artículo 432-1 párrafo 2, casi podría decirse que estamos ante el supuesto del pacto de sobrevivencia, pues, recordamos establece que *las donaciones otorgadas bajo la condición suspensiva de sobrevivir el donatario al donante tendrán el carácter de donaciones por causa de muerte y estarán sujetas al régimen de estas, sin perjuicio de las*

*disposiciones en materia de pactos sucesorios.*

Podríamos replantearnos seriamente que la compraventa con pacto de sobrevivencia encajara en este modelo, así como volver a examinar el viejo juego de condición suspensiva y resolutoria, si no fuera por la rotundidad con que el artículo 432-5 establece que las donaciones por causa de muerte quedarán sin efecto, en primer lugar *si el donante las revoca expresamente en escritura pública, testamento o codicilo.*

Nada parece más contrario al acuerdo por el que los cónyuges deciden otorgar la compraventa con pacto de sobrevivencia que el poder revocarse unilateralmente por uno de los dos dicho pacto, ya que esto excluye, en esencia, la idea misma de la constitución de dicho pacto.

## **2.2. Pacto sucesorio**

En cuanto a la segunda opción, considerar la compraventa con pacto de sobrevivencia como un pacto sucesorio, requiere de un análisis más detallado.

El punto de partida idóneo parece, de nuevo, las determinantes modificaciones legislativas acaecidas recientemente. Desde la Compilación de Derecho Civil Especial de Cataluña hasta el Código de Sucesiones de 1991, puede observarse una conservadora línea continuista, que reposa sobre la idea matriz de sustentar la sucesión paccionada sobre los heredamientos, que son entendidos como “institución contractual de heredero”, vinculados al servicio de la familia troncal. Si bien es cierto que desde el texto legal de 1960 al de 1991 se introdujeron sucesivos cambios, tales como permitir que el heredamiento, y en especial el preventivo, pudieran otorgarse a favor de varios o de todos los hijos; o la introducción del heredamiento mutuo pactado con carácter preventivo<sup>370</sup>, la raíz es la misma, pues el antiguo heredamiento y sus distintas modalidades prevalecieron.

---

<sup>370</sup> FARRERO RUA, A.B., “Comentarios al Título III del Libro IV del Código Civil de Cataluña”, *Comentarios al Código Civil de Cataluña*, Tomo II, Navarra, Thomson Reuters, 2.011, pag. 316.

Sin embargo, con la entrada en vigor del Libro II del Código Civil de Cataluña, según se ha apuntado por la doctrina, sin dejar atrás la tradición catalana, se ha pasado a una regulación más flexible<sup>371</sup>, como tendremos ocasión de estudiar<sup>372</sup>, y más ajustada a los nuevos tiempos, pues, al contrario de lo que ocurrió al promulgar el Código de Sucesiones de 1991, el legislador del Código Civil de Cataluña supo entender que, de mantenerse en las mismas condiciones, su regulación sería poco más que un ejercicio de nostalgia, fundamentado en no perder una institución típicamente catalana, pero carente de toda trascendencia práctica.

La regulación de los heredamientos, previa al Libro IV, permanecía anclada en un modelo social medieval<sup>373</sup>, vinculado a la familia troncal y a la perpetuación de los medios de producción agrícolas y ganaderos<sup>374</sup>. La crisis de tal modelo de sociedad, en vía de desaparición, evidenció que la evolución necesaria consistía en tratar de trasladar los antiguos fundamentos medievales a nuestro siglo, y convertir así una institución que estaba pensada para mantener la integridad del patrimonio agrario familiar, “la casa”, en una institución útil para mantener la unidad económica de la sociedad industrial, “la empresa”<sup>375</sup>.

A fin de dar pie a tal renovación, no sólo se ha simplificado la institución del heredamiento y sus clases, sino que se ha introducido la modalidad de pacto sucesorio de atribución particular, y se ha desligado la sucesión paccionada del contexto matrimonial, eliminándose el requisito de hacerse constar en capitulaciones matrimoniales<sup>376</sup>. Tales cambios permiten augurar un nuevo protagonismo a la sucesión paccionada, abriendo una interesantísima

---

<sup>371</sup> *Ibidem*.

<sup>372</sup> *Vid. infra* capítulo IV, apartado I, subapartado 2.3.

<sup>373</sup> GONZALEZ BOU, E., “La revitalización de los heredamientos en el nuevo Libro IV del Código Civil de Cataluña”, *La Notaria* (Nº 59-60), Colegi de Notaris de Catalunya, Barcelona, 2008, pag. 112.

<sup>374</sup> ESQUIROL JIMENEZ, V., “El heredamiento mutuo preventivo: una figura a reconsiderar en la práctica notarial”, *La Notaria* (Nº 59-60), Colegi de Notaris de Catalunya, Barcelona, 2008, pag. 99.

<sup>375</sup> GONZALEZ BOU, E., *op. cit.*, pag. 112.

<sup>376</sup> ESQUIROL JIMENEZ, V., *op. cit.*, pag. 99.

vía alternativa a la sucesión testamentaria<sup>377</sup>.

### **2.2.1. Intento de formulación previo a la entrada en vigor del Libro IV del Código Civil de Cataluña**

Como hemos anunciado, la base legislativa existente antes de la entrada en vigor del Código Civil de Cataluña era muy diferente. El entonces vigente Código de Sucesiones, en su artículo 67, establecía lo siguiente:

*El heredamiento, institución contractual de heredero, sólo podrá otorgarse en capitulaciones matrimoniales, personalmente o mediante poder especial.*

Hasta la entrada en vigor del Libro IV, esa había sido la única forma permitida por la Ley catalana para pactar los heredamientos.

Podemos recordar, en este sentido, como CALVO SORIANO, al defender que la compraventa con pacto de supervivencia constituía un supuesto de sucesión contractual, tuvo que precisar que descubría en ella un auténtico carácter capitular, aunque no apareciera en la escritura pública correspondiente<sup>378</sup>; y también que LALINDE entendió que estábamos ante un supuesto de sucesión contractual a título particular a favor del sobreviviente, semejante al heredamiento mutuo<sup>379</sup>.

El problema que se planteaba entonces era que, aunque de la suma de los artículos 7 (que determinaba la nulidad de los pactos o contratos sobre la sucesión no abierta fuera de los admitidos por la ley) y 67 del Código de Sucesiones Catalán, no parecía posible admitir que las compraventas con pacto de supervivencia constituyeran un supuesto de pacto sucesorio, el Código de Familia, entonces vigente, reclamaba que se llevara la cosa comprada por el difunto a su herencia,

---

<sup>377</sup> *Ibidem*.

<sup>378</sup> *Vid. supra* en este mismo capítulo, apartado II, subapartado 2.3.

<sup>379</sup> *Vid. supra* en este mismo capítulo, apartado III, subapartado 2.5.



añadiendo incluso que se computara, de ser necesario, en pago a la cuarta viual, y que no perjudicara a los legitimarios.

Tal situación provocaba que, tras tener que renunciar a las alternativas de donación *mortis causa* y de un pacto sucesorio, las alternativas se redijeran. ¿De qué podía tratarse entonces? ¿De una suerte de legado hecho fuera del testamento? El Artículo 3 del Código de Sucesiones tampoco parecía permitirlo, al indicar que:

*La sucesión se defiere por heredamiento, por testamento o por lo dispuesto en la Ley.*

Y el Artículo 252 en relación con los legados, regulaba que:

*El testador podrá ordenar legados en testamento, en codicilo o en memoria testamentaria.*

Esto parecía excluir su aparición fuera de estos medios. Pero el Artículo 67, en relación con el heredamiento, señalaba que estamos ante *una institución contractual de heredero, que solo podrá otorgarse en capitulaciones matrimoniales*. Lo que nos devuelve al planteamiento original de CALVO SORIANO.

En este sentido, el Código de Familia, su artículo 17 ordenaba:

*Los capítulos matrimoniales y sus modificaciones deben otorgarse en escritura pública.*

La pregunta que surgía entonces era: ¿no es posible que el pacto de supervivencia, incluido en la compraventa, se configurara como una suerte de heredamiento mutuo, permitido según los artículos 99 y 100 del Código de Sucesiones, pactado en escritura pública, como exige el artículo 17, de modo que se incluya un pacto capitular tras la compraventa, en la misma escritura?

En caso de que los capítulos pudieran otorgarse de forma

independiente en esa escritura, como parece derivarse del artículo 15 del Código de Familia, haciendo un esfuerzo, se podría responder de forma afirmativa.

Recordemos además que el artículo 99 del Código de Sucesiones exponía que *el heredamiento mutuo constituye una institución contractual recíproca de heredero entre los esposos contrayentes a favor del que sobreviva*, lo que hacía hincapié en que se instituían herederos. Esto podría suponer un problema a la luz del artículo 137 del mismo cuerpo legal, al sancionar que *la simple utilización por el testador del nombre o la cualidad de heredero o la disposición a título universal, aunque no se emplee aquella palabra, implicará institución de heredero, siempre que sea clara la voluntad del testador de atribuir al favorecido la condición de sucesor en todo su derecho o en una cuota de su patrimonio*. Ahora bien, el artículo 138 precisaba que *el heredero o herederos instituidos solo en cosa cierta, cuando concurren con herederos o herederos instituidos sin esta asignación, serán simples legatarios de aquella*.

De todo esto, podría deducirse que, a través de la vía capitular y bajo la forma de una especie de “heredamiento mutuo en cosa cierta”, podría encajar el pacto de supervivencia, postura semejante a la defendida por CALVO SORIANO. De esta manera, aparecería en primer lugar un contrato de compraventa celebrado entre los cónyuges y el vendedor, y en segundo lugar un capítulo pactado en exclusiva por los adquirentes.

Ahora bien, los problemas que podrían haberse derivado de este planteamiento son muchos. En primer lugar, supondría admitir un nuevo tipo de heredamiento, forzando la interpretación en base al articulado propuesto, para originar una suerte de “institución contractual de legatario”, lo que no acaba de convencerme.

En segundo lugar, tendríamos que discutir si es posible reunir en una misma escritura pública una compraventa y un pacto capitular. En principio, parece que esto podría hacerse, pues se cumpliría la exigencia de que las capitulaciones se otorguen en escritura pública, sin

que de ningún lugar se extraiga la orden de que dicha escritura tenga que contener en exclusiva tales capitulaciones.

Pero los problemas en este sentido surgirían, por un lado, por la obligación de que el pacto se recoja forzosamente en la propia escritura de compraventa. En principio, para este planteamiento tendríamos que aceptar que las compraventas con pacto de supervivencia constituyen una dualidad de negocios jurídicos, formados por una compraventa y unas capitulaciones matrimoniales. Pero, si esto fuera así, ¿cómo aceptar la exigencia de que ambos negocios se celebren conjuntamente y en la misma escritura? No tiene sentido que no se pueda celebrar la compraventa y, a continuación, en una escritura distinta, otorgada incluso en un día diferente, las capitulaciones.

Por otro lado, quedaría la cuestión de que, como todo contrato, la compraventa con pacto de supervivencia pudiera celebrarse en documento privado. Y ahí sí que no se cumpliría la exigencia de escritura pública que requieren las capitulaciones.

Una tercera cuestión conflictiva para admitir el pacto capitular de acuerdo con la legislación antes vigente era el hecho de que el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, en la ya comentada sentencia de 13 de febrero de 2.003 admitió que el pacto de sobrevivencia se otorgara también entre *parejas de hecho*<sup>380</sup>. Huelga cualquier comentario más, dado que dichas parejas, al no estar casadas no pueden pactar capitulaciones, con lo cual parece ridículo que a los cónyuges se les exigiera la vía capitular y a los no casados no, para un mismo fin.

Llegados a este punto sin retorno, lo más cabal sería dar marcha atrás. Volviendo al artículo 3 del Código de Sucesiones, podemos leer: *La sucesión se defiere por heredamiento, por testamento o por lo dispuesto en la Ley*. Volvamos también a leer el artículo 7, en el que se dice: *Son nulos los pactos o los contratos sobre sucesión no abierta, excepto los que sean admitidos por la Ley*. Tras esta lectura, cabría

---

<sup>380</sup> Actualmente, las adquisiciones onerosas con pacto de supervivencia están legalmente previstas en virtud del artículo 234-3, párrafo 3 del Libro II del Código Civil de Cataluña.

preguntarse si no cabría incluir en esos amplios “*lo dispuesto por la ley*” y “*lo admitido por la Ley*” el supuesto de la compraventa con pacto de sobrevivencia. Si fuera así, podrían ser un caso especial de sucesión contractual previsto por el legislador catalán, quien no deja de exigir su cómputo para la legítima y su imputación a la cuarta viudal, sin necesidad de encuadrarlas dentro de ninguna categoría preexistente.

Tal planteamiento parece que fue el seguido por el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña en la ya citada sentencia de 20 de octubre de 1995, en la que se subrayó de forma indubitada su naturaleza sucesión contractual, a título particular, reconocida en Cataluña con independencia de los heredamientos.

En esta misma línea, nos acercáramos a la idea de QUINTANA PETRUS de que estamos ante una institución difícilmente subsumible en cualquier otra, con rasgos muy particulares y diferenciadores que hacen difícil su simple inclusión en cualquiera de las genéricas categorías ya creadas.

Todo este planteamiento, como he dicho, sólo tiene sentido tomando como base la legislación ya derogada.

### **2.2.2. Formulación actual a partir de la regulación contenida en los Libros II y IV del Código Civil de Cataluña**

En la actualidad el campo de juego ha cambiado considerablemente, y el Código Civil Catalán vigente ha incluido no pocas variaciones, de modo que tenemos que volver a empezar si queremos comprender cuál es, ha día de hoy, la naturaleza jurídica de esta institución tan conflictiva.

El punto de partida actual lo encontramos en la prohibición general que dispone el Código Civil de Cataluña en su artículo 411-7, al establecer lo siguiente:

*Son nulos los contratos o pactos sobre sucesión no abierta, salvo*

*los admitidos por el presente código*

Sin embargo, el artículo 431-7 ya no exige para la validez del pacto sucesorio que este se contenga en capitulaciones matrimoniales, según he dicho. Se ha mantenido la exigencia de que se otorgue en documento público, siendo en consecuencia la forma requisito *ad solemnitatem*, pero sin que el mismo deba ajustarse al pacto capitular. Esto elimina de un plumazo todos los quebraderos de cabeza suscitados por la consideración del pacto sobrevivencia como pacto capitular, y hace que nos planteemos si, a la luz de la nueva regulación, podríamos considerar abiertamente el pacto de sobrevivencia como un supuesto de sucesión contractual.

La nueva regulación, además, señala que el pacto sucesorio puede contener estipulaciones propias de un protocolo familiar, entre cuyas finalidades se encuentra evitar posibles desavenencias familiares en el seno de las empresas<sup>381</sup>.

La doctrina ha opinado que la regulación del Código Civil de Cataluña, en materia de pactos sucesorios, es especialmente novedosa<sup>382</sup>, hablándose incluso de una “revitalización”<sup>383</sup> de la institución que puede otorgar un nuevo protagonismo a la sucesión paccionada en Cataluña<sup>384</sup>.

Se ha buscado de un modo consciente simplificar y revitalizar una institución que puede resultar muy útil. Es decir: el legislador catalán no ha tenido miedo de modernizar y variar figuras jurídicas de gran raigambre, auténticas señas de identidad del Derecho civil catalán, como son los heredamientos, a fin de dotarles de una vida útil más acorde con la realidad.

El Título III del Libro IV está dedicado a *La sucesión contractual y las donaciones por causa de muerte*. Se divide en dos capítulos, el primero dedicado a la sucesión contractual, y el segundo a las

---

<sup>381</sup> FARRERO RUA, A.B., *op. cit.*, pags. 325 y 326.

<sup>382</sup> *Ibid.*, pag. 316.

<sup>383</sup> GONZALEZ BOU, E., *op. cit.*, pag. 110.

<sup>384</sup> ESQUIROL JIMENEZ, V., *op. cit.*, pag. 99.

donaciones por causa de muerte. Dentro de este primer capítulo, la Sección I establece las disposiciones generales, y las dos siguientes que lo integran regulan una los heredamientos y otra los pactos sucesorios de atribución particular.

Lo primero que cabe preguntarse es: ¿Constituye dicha distribución un *numerus clausus*, de modo que fuera de las instituciones recogidas en las Secciones II y III no cabe supuesto alguno de pacto sucesorio? La respuesta ha de ser *relativamente afirmativa*, pues el artículo 411-7 indica lo siguiente:

*Son nulos los contratos o pactos sobre sucesión no abierta, salvo los admitidos por el presente código.*

De este modo, no queda limitada la sucesión contractual al Título III, sino al propio Código Civil Catalán, lo que supone tanto como decir que fuera de lo permitido por el Código no puede darse caso alguno de sucesión contractual. En este sentido, el artículo 431-9, referido a las causas de nulidad de los pactos sucesorios y sus disposiciones, en su párrafo primero, parece secundar este planteamiento, pues recoge como primera causa de nulidad que los pactos sucesorios no se correspondan con ninguno de los tipos establecidos por el Código Civil Catalán. Pero las compraventas con pacto de supervivencia *sí están reguladas* en el Código Civil Catalán, concretamente en su Libro II (entendidas ahora como “adquisiciones onerosas con pacto de supervivencia”), con lo que se cumple el requisito de figurar en dicho cuerpo legal.

Junto a esta ampliación de posibilidades inicial, encontramos más novedades interesantes en la nueva regulación.

En primer lugar, el artículo 431-1, al establecer el concepto de pacto sucesorio, indica lo siguiente:

*1. En pacto sucesorio, dos o más personas pueden convenir la sucesión por causa de muerte de cualquiera de ellas, mediante la*

*institución de uno o más herederos y la realización de atribuciones a título particular.*

*2. Los pactos sucesorios pueden contener disposiciones a favor de los otorgantes, incluso de forma recíproca, o a favor de terceros.*

El cambio frente a la anterior regulación es significativo: mientras que a través del heredamiento únicamente podíamos instituir de forma contractual heredero, a través de los nuevos pactos sucesorios podemos hacer *atribuciones a título particular*, lo que supone una importante novedad, y una gran apertura a nuevas posibilidades. El artículo 431-5, en su párrafo 1, además, complementa lo dicho, al señalar que:

*En pacto sucesorio, puede ordenarse la sucesión con la misma amplitud que en testamento. Los otorgantes pueden hacer heredamientos y atribuciones particulares...*

Dichos otorgantes, a su vez, y de acuerdo con el 431-2, ya no serán únicamente los cónyuges:

*Puede otorgarse pactos sucesorios sólo con las siguientes personas:*

- 1. El cónyuge o futuro cónyuge.*
- 2. La persona con quien convive en unión estable de pareja.*
- 3. Los parientes en línea directa sin limitación de grado, o en línea colateral dentro del cuarto grado, en ambos casos tanto por consanguinidad como por afinidad.*
- 4. Los parientes por consanguinidad en línea directa o en línea colateral, dentro del segundo grado, del otro cónyuge o conviviente.*

Y en cuanto a la forma, ya hemos dicho que no hace falta que aparezcan recogidos en capitulaciones matrimoniales, sino que basta con su otorgamiento en escritura pública. Pero no sólo eso, pues el artículo 431-7, en su párrafo primero, además, contiene las siguientes

disposiciones:

*Los pactos sucesorios, para que sean válidos, deben otorgarse en escritura pública, que no es preciso que sea de capítulos matrimoniales. La escritura de pacto sucesorio puede contener también estipulaciones propias de un protocolo familiar y otras estipulaciones no sucesorias, pero no disposiciones de última voluntad.*

Con lo que se admite que el pacto sucesorio pueda ir acompañado en la escritura pública de otras estipulaciones, de modo que no se exige su independencia, por lo que varios negocios jurídicos distintos podrían agruparse junto al pacto sucesorio en una misma escritura.

El 431-8, finalmente, y tras ordenar que los pactos sucesorios sean inscritos en el Registro de Actos de Última Voluntad, en previsión de la trascendencia que dichos pactos puedan tener en el ámbito inmobiliario, recoge la siguiente garantía en su párrafo 2:

*Los heredamientos y las atribuciones particulares ordenados en pacto sucesorio pueden hacerse constar en el Registro de la Propiedad, en vida del causante, por medio de nota al margen de la inscripción de los bienes inmuebles incluidos en el heredamiento*

Pero esto no es todo. Eludida ya la necesidad de hacer malabarismos jurídicos para intentar amoldar el pacto de sobrevivencia a una especie de heredamiento mutuo, nos encontramos que el Código no sólo reconoce la validez de otras formas de pacto sucesorio que puedan encontrarse a lo largo de su regulación, y no exclusivamente en el Libro IV, sino que establece en los artículos 431-1 a 431-17 un marco legal idóneo para su consideración como un supuesto de sucesión contractual, que en nada contradice las disposiciones del Libro II del Código Civil, y que resuelve muchos de los problemas que hemos expuesto antes. Más aún si consideramos que en la Sección III del Título III, Capítulo I, nos encontramos con una nueva institución, *Los*



*Pactos Sucesorios de Atribución Particular.* En su primer artículo, el 431-29, indica:

*En pacto sucesorio, pueden convenirse atribuciones particulares, a favor de uno de los otorgantes o de terceros. Los otorgantes pueden convenir también atribuciones particulares recíprocas a favor del que sobreviva.*

Y no sólo eso: el 431-30, párrafos 1 y 5, precisa su carácter irrevocable, lo que inevitablemente nos recuerda al pacto de supervivencia.

De todo lo expuesto hasta ahora, a mi entender, sólo cabe una conclusión posible: dado que a la luz de la actual regulación del Libro II se hace necesario admitir que nos encontramos ante una transmisión gratuita *mortis causa*, exigencia derivada del imperativo de computar la parte del premuerto en su herencia, a fin de no perjudicar la legítima de los herederos forzosos, así como de imputarla en la cuarta vidual, el marco que proporciona el Libro IV del Código Civil Catalán, dedicado a las Sucesiones, nos facilita precisar que constituyen un **pacto sucesorio** de carácter recíproco. En concreto, podemos catalogarlo como un supuesto especial de pacto sucesorio de atribución particular, que, en atención al especial vínculo que une a los otorgantes (necesariamente cónyuges), así como a las consecuencias que ya en vida de estos van producir efecto (y que lo caracterizan y dotan de una autonomía especial), se regula de un modo independiente, fuera del Libro destinado a sucesiones, dentro del Libro que regula las relaciones familiares.

Esta conclusión no es nueva, pues, como se ha dicho, ya fue enunciada antes de la entrada en vigor del Código Civil de Cataluña por CASTAN<sup>385</sup> o ROCA SASTRE<sup>386</sup>, y formó parte del argumento decisorio

---

<sup>385</sup> CASTAN TOBEÑAS, J., *Derecho Civil Español, Común y Foral*, Tomo Sexto, Vol. Tercero, *op. cit.*, pag. 313.

principal de la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 20 de octubre de 1995. Sin embargo, la diferencia que encontramos hoy es que sí parece existir una base legislativa más apta, incluso favorable, para tal conclusión. No en vano autores como GARRIDO MELERO<sup>387</sup> y PUIG BLANES<sup>388</sup> la respaldan.

Incluso el propio Libro II del Código Civil de Cataluña, a través de su comentado preámbulo, parece respaldar esta tesis, al establecer el vínculo existente entre las adquisiciones onerosas con pacto de supervivencia y los pactos de atribución particular y los heredamientos. La defendida naturaleza familiar, en este caso, no tiene que resultar incompatible con lo que decimos, pues subjetivamente sí resulta evidente que tal naturaleza existe, por cuanto el pacto de supervivencia queda adscrito al núcleo familiar en su ejercicio, limitándose a los cónyuges o parejas de hecho. La naturaleza familiar no tiene por qué ser incompatible con los negocios *mortis causa*. Teniendo esto en cuenta, podríamos concluir que el pacto de supervivencia constituye un pacto sucesorio de atribución particular y naturaleza familiar.

Parece que la oleada reformadora que animó el espíritu del legislador catalán a la hora de reformar la institución de los heredamientos también pudo alcanzarle en relación con las adquisiciones onerosas con pacto de supervivencia. Al menos, del examen en conjunto de dichas instituciones, y especialmente bajo la luz del citado preámbulo del Libro II, es la impresión que resulta. Si bien podía haber sido aún más categórico y directo, no puede negarse un auténtico esfuerzo por reformular y revitalizar instituciones de gran raigambre, para adaptarlas a la nueva sociedad actual, pero sin perder las conexiones con su pasado jurídico.

Tal intento, por supuesto, es objeto de diferentes opiniones. Sin ir más lejos, la Dirección General de Derecho y Entidades Jurídicas de la Generalidad, en resolución de 3 de octubre de 2011, volvía a reiterar la

---

<sup>386</sup> ROCA SASTRE, R.M., “La compraventa con pacto de sobrevivencia”, *op. cit.*, pag 457.

<sup>387</sup> GARRIDO MELERO, M., *op. cit.*, pag 314.

<sup>388</sup> PUIG BLANES, F.P., *op. cit.*, pag. 276.

naturaleza familiar, y no sucesoria, del pacto de supervivencia<sup>389</sup>. Y una parte de la doctrina ha opinado, a la luz del texto vigente, que se trata de una donación *inter vivos*, condicional y onerosa<sup>390</sup>. Todo ello no hace sino demostrar que el debate sigue vivo y que cuenta con férreos defensores por cada bando.

Llegados a este punto, resulta interesante recordar la siguiente reflexión de O'CALLAGHAN MUÑOZ, manifestada a raíz de la, a su entender, errónea redacción del artículo 61, que a su entender violentaba la verdadera naturaleza de la compraventa con pacto de sobrevivencia:

“En conclusión, la norma del segundo párrafo del artículo 61 rompe con el sistema y el concepto de la institución, es *lege data* que hay que aplicar porque es Derecho vigente. Y hay que analizar, por tanto, esta aplicación: la cuota ideal abstracta que corresponde por igual a cada cónyuge en el bien adquirido por compraventa con pacto de sobrevivencia, a la muerte de uno, se transmite al otro que la adquiere (ya hemos visto que no hay transmisión ni adquisición), y la adquisición de tal cuota o participación del premuerto se imputa en pago a cuenta de la cuarta viudal y se computa para el cálculo de la legítima. Si la computación es una reunión ficticia, agregación ideal o puramente contable de *relictum* y *donatum*, esta participación del premuerto o bien forma parte del *relictum* o bien del *donatum*, que hay que agregar al anterior. Entiendo que forma parte del *donatum*, pues la norma legal parece asimilarlo a una donación: la valoración de la participación la ordena el artículo 129 en términos generales: se deberá valorar al tiempo de la muerte del primero de los cónyuges, causante de la sucesión. En consecuencia, si sobrepasa los límites de que puede disponer el causante sin perjudicar la legítima, se reducirá por

---

<sup>389</sup> Véase ARNAU RAVENTOS, L., “Renúncia i pacte de supervivència: un comentari a la Resolució de la Direcció General de Dret i d'Entitats Jurídiques de 3 d'octubre de 2011”, *Revista Catalana de Dret Privat*, Vol. 12, Barcelona, 2011-2012.

<sup>390</sup> GOMEZ GALLIGO, J., “Las Adquisiciones Onerosas con Pacto de Supervivencia”, *El Nuevo Derecho de La Persona y de la Familia*, BARRADA ORELLANA, R., GARRIDO MELERO, M. y NASARRE AZNAR, S. (Coords.), Bosch, Barcelona, 2011, pag. 817.

inoficiosa”<sup>391</sup>.

O'CALLAGHAN parecía decantarse entonces por la donación, lo que no me parece en absoluto equivocado, máxime si tenemos en cuenta las normas relativas a la sucesión contractual vigentes entonces, salvo por obviar el carácter revocable de las mismas.

Mi opinión, a la vista de todo lo expuesto, tras examinar la trayectoria legal que esta institución ha tenido a lo largo de los últimos cincuenta años, y, en especial, tras analizar los últimos cambios introducidos por los Libros II y IV del Código Civil Catalán, es que nos encontramos ante un supuesto de sucesión contractual, y en concreto un pacto sucesorio de atribución particular y naturaleza familiar, al que da suficiente cobertura el marco legal catalán.

### **3. Dificultades frente a la construcción propuesta**

Soy consciente, por otra lado, de que una de las pegas que se le puede oponer a este planteamiento es la de afirmar con tanta rotundidad que estamos ante un negocio *mortis causa*. En efecto, la ya clásica, reiterada y vuelta a reiterar resolución de la Dirección General de Registros y del Notariado de 1917 afirmaba que:

*La constitución de un derecho real sobre bienes determinados en consideración a la supervivencia es un convenio entre vivos, cuyos desarrollos propios se encuentran en el derecho de contratación y en el de cosas, sin que la entrega del objeto o goce de una facultad post mortem sea más que una mera modalidad del convenio, nunca bastante para desnaturalizar el carácter de actos entre vivos.*

Sin embargo, a tal reproche fácilmente se puede responder que dicha resolución está cerca de cumplir los cien años, y que el marco legal que rodea las adquisiciones con pacto de sobrevivencia hoy poco tiene que ver con la inexistente regulación de principios del siglo

---

<sup>391</sup> O'CALLAGHAN MUÑOZ, X., “Comentario a los artículos...”, *op. cit.*, pag.115.

pasado. No trata mi punto de vista de discernir si esa entrega constituye un negocio *inter vivos* o *mortis causa*, sino que mi parecer es que estamos, actualmente - con la legislación vigente en la mano y la institución regulada, no bajo la perspectiva que tenía a principios del siglo XX -, ante un supuesto de sucesión contractual, hermana de la donación *mortis causa* que tolera el Derecho Civil Catalán, de la que sólo separa la revocabilidad inherente a las mismas, que desaparece de forma expresa en los pactos sucesorios de atribución particular, tal y como ordena el artículo 431-30, en sus apartados 1 y 2<sup>392</sup>.

De todo lo dicho hasta ahora, surge un lógico interrogante: si los cónyuges pueden tras una compraventa, o cualquier contrato oneroso, otorgar en escritura pública distinta un pacto sucesorio de atribución particular recíproco, ¿qué ventajas ofrece acogerse al modelo de la compraventa con pacto de sobrevivencia?

En principio, la regulación de la compraventa con pacto de supervivencia ofrece una detallada relación de las reglas por las que se ha de regir la especial comunidad formada por ambos cónyuges, cuya vigencia está limitada en el tiempo por el fallecimiento de uno de los otorgantes. La comunidad, de esta forma, adquiere un carácter transitorio e instrumental, pero de gran relevancia, pues su finalidad es organizar la existencia de tal condominio a fin asegurar la finalidad perseguida, siempre bajo el prisma de su esencial irrevocabilidad.

En este sentido, la sujeción a la normativa legal adquiere mayor importancia, pues en caso de efectuarse una adquisición al margen del pacto de sobrevivencia, buscando un posterior pacto sucesorio, la comunidad formada por los adquirentes se regiría por lo establecido en el artículo 551-3 párrafo 3 del Libro V del Código Civil Catalán, esto es,

---

<sup>392</sup> **Artículo 431-30.** Efectos de las atribuciones particulares:

1. El causante que otorga en pacto sucesorio una atribución particular solo puede disponer de los bienes que son objeto de la misma con el consentimiento expreso del favorecido o, si este no es parte del pacto, con el de los demás otorgantes.

2. Si el bien atribuido se pierde o se deteriora por causa imputable al causante o este lo enajena o lo grava contraviniendo a lo establecido por el apartado 1, el favorecido puede exigir al heredero su valor, salvo, en caso de deterioro o de gravamen, que el heredero esté en condiciones de cumplir en los términos convenidos.

la comunidad ordinaria indivisa (quedando a salvo, por supuesto, la remisión expresa a las normas que rigen la comunidad surgida del pacto de sobrevivencia, en virtud del principio de autonomía de la voluntad).

De este modo, la auténtica originalidad y especificidad de esta institución compleja parece derivarse, a día de hoy, como pacto sucesorio, más de la existencia de la especial comunidad formada en vida por los dos cónyuges, que de los efectos que se derivan de la muerte de cualquiera de ellos.

Por otra lado, otra ventaja a la que siempre podemos apelar es al lógico y clásico abaratamiento de costes, al recogerse ambos negocios jurídicos en una misma escritura, a lo que hay que añadir la seguridad y simplicidad de que el pacto por el que se determina el destino de un bien quede recogido en el mismo título de su adquisición, que será inscribible en el Registro, de acuerdo con la nueva regulación.

#### **4. Otras cuestiones problemáticas: negocio unitario o dual, oneroso o gratuito, revocable o irrevocable**

El afirmar que nos encontramos ante un supuesto de sucesión contractual también nos permite posicionarnos ante tres de las cuestiones más debatidas durante el pasado siglo, en relación con esta institución:

**A.** En primer lugar, nos debemos volver a plantear si estamos ante un **negocio unitario o ante una dualidad de negocios jurídicos**. Creo que desde la perspectiva que defiende es obligado que me decante por la segunda opción: no cabe que el sujeto vendedor, o transmitente por cualquier título oneroso, participe o consienta en modo alguno en una disposición sucesoria entre dos sujetos que, al margen de adquirir lo que él ofrece, le son ajenos. El transmitente, simplemente, se desprende de la propiedad de una cosa que hasta entonces era suya, y se preocupa de que le sea entregado el precio. Los compradores se obligan a pagar y le exigen la entrega efectiva. Hecho esto, el pacto de

supervivencia aparece como algo que queda al absoluto arbitrio de los adquirentes, de modo que el vendedor, por supuesto, no tiene nada que decir.

Refuerza esta idea el hecho de que si, por cualquier motivo, no quisiera el vendedor celebrar una venta que incluyera dicho pacto, simplemente no celebraría el contrato. Esto puede llevarnos a pensar que el consentimiento del vendedor aparece como origen o causa primera del pacto, pero tal pensamiento es engañoso, pues si los compradores al final decidieran no comprar, tampoco se incluiría. En el caso de la compraventa, el origen del pacto no estriba en el consentimiento del vendedor a incluir tal pacto, sino en el *consentimiento de vendedor y comprador a celebrar dicha venta*, de modo que la génesis del pacto de supervivencia reside en la compraventa celebrada, por exigencia legal, y no en el consentimiento independiente del vendedor a incluir el pacto. Y decimos que es por exigencia legal porque la ley exige que dicho pacto sólo se incluya en adquisiciones onerosas.

El por qué de esta exigencia quizá haya que buscarlo en el origen de las compras con pacto de sobrevivencia y en la tradición jurídica, que ha mantenido el pacto unido a la compraventa, arquetipo de los contratos onerosos traslativos del dominio. En este sentido, y defendiendo que son dos negocios jurídicos distintos, de lo que no cabe duda es de que el pacto depende necesariamente para existir del negocio oneroso previo, pues así lo exige la ley.

**B.** La segunda cuestión a examinar es el **carácter oneroso o gratuito del pacto**. Sobre esto, poco más cabe decir: creemos que no es una donación *mortis causa* porque sería revocable; defendemos que es un pacto sucesorio por su implicación en el haber hereditario. Y, además, creemos que a la hora de incluir el pacto en una compraventa predomina siempre un ánimo de protección entre los cónyuges, y no un ánimo de enriquecimiento.

La doctrina, clásica y moderna, ha defendido y defiende que el

origen del pacto está en la intención de proteger al cónyuge más débil (la mujer en su origen) de las injusticias y desmanes derivados del régimen de separación de bienes. Siendo esto así, ¿cómo defender que es un pacto oneroso? Algunos autores han sostenido que se trata de un negocio jurídico oneroso porque el cónyuge superviviente recibe la mitad del fallecido, y que la contraprestación surge del hecho de que ninguno aceptaría incluir dicho pacto si el otro no lo hiciera. De ahí su carácter oneroso: la contraprestación es la obligación mutua de incluir el pacto. Esto nos devuelve al “egoísmo” del que hablaba VIRGILI SORRIBES.

Yo creo más bien que la causa del contrato está en asegurar el bienestar del cónyuge sobreviviente tras el fallecimiento. Y esto nos aparta de considerar que cada uno admita el pacto guiado por la esperanza de que el otro fallezca antes y ser así único dueño, para situarnos en el ámbito más cálido de la protección y el bienestar: lo que se persigue es asegurar la estabilidad y tranquilidad del que sobreviva, no aumentar el patrimonio propio a costa de la muerte del cónyuge.

Ahora bien, en este punto, estaríamos entrando en el terreno de la causa subjetiva del negocio jurídico, admitida o no por la doctrina. La conclusión que defiende de que no es un contrato oneroso se respalda, más que en la doctrina de la causa, en la exigencia de que no perjudique la legítima y se impute en la cuarta viudal, exigencia esta que únicamente se predica de los negocios gratuitos. Pese a ello, creo además que, desde un punto de vista causal, el pacto de supervivencia está más cerca de las disposiciones gratuitas que de las onerosas.

**C.** La tercera cuestión, mucho menos contenciosa que las dos anteriores, es la de **la necesaria irrevocabilidad del pacto**; esto es, que ninguno de los otorgantes pueda, de forma unilateral, revocar el pacto.

HERNANDEZ GIL afirmó que una de las características inherentes a los pactos sucesorios es “que vinculen a los otorgantes, o lo que es igual, que sean irrevocables, característica de los



contratos”<sup>393</sup>. En el mismo sentido se manifiestan LACRUZ-RAMS, quienes definen el contrato sucesorio como “aquella ordenación *mortis causa* en la que la voluntad del ordenante queda vinculada a otra voluntad, no pudiendo revocarse dicha ordenación por el causante de modo unilateral”<sup>394</sup>, o CASTAN TOBEÑAS, quien considera al igual que en los contratos *inter vivos*, los contratantes quedan recíprocamente vinculados, de modo que “sólo los dos contratantes, de acuerdo, pueden deshacer lo convenido”<sup>395</sup>.

Esta característica de la irrevocabilidad por parte del futuro causante ha sido tradicional causa de controversia, al defender una parte de la doctrina que se limita el derecho a disponer *mortis causa* de los bienes, disputa que se remonta al Derecho Romano, siendo las legislaciones próximas al Derecho Germánico mucho más abiertas en este sentido. Sin embargo, esta controversia carece de sentido al amparo de la actual legislación catalana, que permite diversas modalidades de pactos sucesorios, por lo que, en lo que se refiere a nuestro estudio, no debe inquietarnos.

Con lo que sí debemos quedarnos es tanto con la opinión doctrinal favorable al carácter irrevocable de los pactos sucesorios, como con la regulación actual del artículo 431-12, párrafo primero, del Libro IV del Código Civil Catalán, según el cual el pacto sucesorio y las disposiciones que contiene únicamente se pueden modificar y resolver mediante acuerdo de los otorgantes formalizado en escritura pública, lo que equivale a afirmar la imposibilidad de que se revoquen de forma unilateral por cualquier a de los sujetos, dejando, eso sí, a salvo la posibilidad de revocación por indignidad en el 431-13, así como la revocación por voluntad unilateral del 431-14<sup>396</sup>.

---

<sup>393</sup> HERNANDEZ GIL, A., “Diferencia entre el pacto sucesorio y la distribución de los bienes por el testador”, *Obras Completas, Tomo 4, Derechos Reales – Derecho de Sucesiones*, Madrid, Espasa Calpe, 1989, pag. 946.

<sup>394</sup> LACRUZ BERDEJO, J. L., RAMS ALBESA, J., y otros, *Elementos de Derecho Civil*, Tomo V, *op. cit.*, pag. 291.

<sup>395</sup> CASTAN TOBEÑAS, J., *Derecho Civil Español, Común y Foral, Derecho de Sucesiones*, Tomo Sexto, Volumen Tercero, *op. cit.*, pag. 289.

<sup>396</sup> **Artículo 431-13. Revocación por indignidad**

1. El otorgante de un pacto sucesorio que sea futuro causante de la sucesión

Cuestión aparte es la de la capacidad de poder disponer libremente por actos *inter vivos* y onerosos el propietario de los bienes. Esta es una cuestión que, en principio, podría preocuparnos, dado que la eficacia real del pacto, de ser plena esta posibilidad, quedaría en entredicho. Sin embargo, son varios los argumentos que deben tranquilizarnos:

En primer lugar, la propia regulación del pacto de supervivencia hace, desde un punto de vista práctico, realmente inviable la transmisión del derecho de uno de los adquirentes, pues el 231-15, párrafo 2, exige:

- Que los bienes adquiridos no sean enajenados ni gravados, si no es por acuerdo de ambos cónyuges.
- Que ninguno de los cónyuges pueda transmitir a terceras personas su derecho sobre los bienes.
- Que se mantenga la indivisión de dichos bienes.

Estas exigencias se ven reforzadas por el hecho de que, a partir de la entrada en vigor del Libro II, las adquisiciones ya no se harán por mitad y *pro indiviso*, sino *conjuntamente*, lo que implica la imposibilidad de transmitir su derecho de propiedad a un tercero de forma individual por cada uno de ellos, de forma semejante a lo que ocurre con las

---

puede, por su sola voluntad, revocar las disposiciones hechas a favor de una persona que haya incurrido en alguna causa de indignidad sucesoria.

2. La facultad de revocar caduca al cabo de un año contado desde el momento en que el causante conoce o puede razonablemente conocer la causa de indignidad.

3. Si el causante muere sin haber podido ejercer la acción o antes de que caduque el plazo para ejercerla, las personas legitimadas para hacer valer las causas de indignidad de acuerdo con el artículo 412-6 pueden impugnar las disposiciones a favor del indigno en el plazo fijado por el artículo 412-7.

4. La revocación por indignidad deja sin efecto las disposiciones correspondientes hechas por el indigno o las cargas u obligaciones asumidas por este, si tenía la condición de otorgante del pacto sucesorio.

**Artículo 431-14. Revocación por voluntad unilateral.**

1. Los otorgantes de un pacto sucesorio pueden revocar unilateralmente el pacto o, si procede, las disposiciones que contiene:

- a. Por las causas pactadas expresamente.
- b. Por incumplimiento de las cargas impuestas al favorecido.
- c. Por imposibilidad de cumplimiento de la finalidad que fue determinante del pacto o de alguna de sus disposiciones.
- d. Por el hecho de producirse un cambio sustancial, sobrevenido e imprevisible de las circunstancias que constituyeron su fundamento.

2. La facultad de revocación caduca a los cuatro años contados desde el momento en que se produjo el hecho determinante de esta.

adquisiciones efectuadas por la sociedad de gananciales.

En segundo lugar, la doctrina, en materia de sucesión contractual, pese a reconocer la posibilidad del otorgante de disponer *inter vivos* de los bienes objeto del contrato sucesorio de forma onerosa, no opina que el instituido y futuro adquirente pueda quedar sin más desprotegido frente a dicha facultad. Así, LACRUZ-RAMS opinan que los contratos sucesorios “no privan al instituyente de la disposición *inter vivos* de sus bienes, sino en cuanto los actos de disposición perjudican directamente la expectativa del heredero o legatario contractuales. La posición de estos presenta analogías con la del legitimario: como él, puede, al causarse la herencia, impugnar los negocios jurídicos celebrados en fraude de su derecho. En vida del causante se acepta comúnmente, por analogía con los legitimarios, que el favorecido no puede impugnar”<sup>397</sup>.

En este sentido, continúan con la opinión anterior de CASTAN TOBEÑAS, quien afirmó que “al abrirse la sucesión, es cuando el beneficiario del pacto sucesorio puede impugnar las enajenaciones fraudulentas del causante”<sup>398</sup>.

Por todo ello, me parece que la naturaleza del pacto sucesorio de atribución particular es la que mejor se amolda al contenido y exigencias del pacto de sobrevivencia, la que comparte mayores características comunes, y la de un modo más eficaz puede satisfacer sus requisitos. El pacto de sobrevivencia, así entendido, sería un particularísimo supuesto de pacto sucesorio de atribución particular, dotado de una serie de características que le dotan de personalidad propia y diferenciadora de cualquier otro pacto, y admitido por la legislación civil catalana, pues en todo momento se respeta lo exigido por el 431-9, párrafo 1, del Libro IV del Código Civil Catalán, ya que al estar contenidos en dicho Código, la nulidad que dicha artículo predica

---

<sup>397</sup> LACRUZ BERDEJO, J. L., RAMS ALBESA, J., y otros, *Elementos de Derecho Civil*, Tomo V, *op. cit.*, pag. 296.

<sup>398</sup> CASTAN TOBEÑAS, J., *Derecho Civil Español, Común y Foral, Derecho de Sucesiones*, Tomo Sexto, Volumen Tercero, *op. cit.*, pag. 289.

no lo alcanzaría<sup>399</sup>.

## **5. De nuevo la cuestión de la naturaleza de la comunidad surgida**

Sobre las tres incertidumbres clásicas ya analizadas (negocio uniforme o dual, oneroso o gratuito, e irrevocable), el Libro II del Código Civil Catalán se pronuncia a mi entender, según ya he comentado, de forma determinante sobre una cuarta cuestión, pues elimina toda referencia a la adquisición por mitades (salvo para el caso de disolución anticipada de la comunidad surgida del pacto, de acuerdo con el artículo 231-18 párrafo 2), según la redacción del artículo 231-15, en su párrafo 1:

*Los cónyuges que **adquieran bienes conjuntamente** a título oneroso pueden pactar en el mismo título de adquisición que, cuando cualquier de ellos muera, el superviviente devenga titular único de la totalidad.*

Lo que cabe preguntarse entonces es: ¿Qué se adquiere exactamente? Ya no podemos decir que se dejan el uno al otro, en base a un pacto sucesorio, la mitad del que fallezca primero, porque se ha eliminado la referencia a la misma mitad. No obstante, al otorgarse la escritura de compraventa (o cualquier otra de carácter oneroso), necesariamente deberá incluirse la proporción en que adquieren, ¿o es que deberán redactarse las escrituras de compraventa efectuadas por cónyuges cuyo régimen económico matrimonial es el de separación de bienes, o participación, al estilo de las adquisiciones efectuadas por los matrimonios regidos por la sociedad de gananciales? Al decir “adquieran bienes conjuntamente”, ¿debemos entender, a partir de la

---

<sup>399</sup> **Artículo 431-9.** *Nulidad de los pactos sucesorios y sus disposiciones.*

1. Son nulos los pactos sucesorios que no corresponden a ninguno de los tipos establecidos por el presente código, los otorgados por personas no legitimadas, o bien sin observar los requisitos legales de capacidad y de forma, y los otorgados con engaño, violencia o intimidación grave.

entrada en vigor del nuevo cuerpo legal, “adquieren para la especial comunidad que surge del pacto”? No me parece que quede claro<sup>400</sup>.

Lo que el artículo 231-15, en su primer párrafo, aclara en cuanto a la naturaleza germánica de la comunidad surgida del pacto (que ya hemos analizado, y que nos satisface desde este punto de vista), confunde en cuanto a la forma en que se consolidará el dominio en exclusiva de la totalidad del bien en el sobreviviente. Teniendo en cuenta que la cuestión de la naturaleza de la comunidad formada por los adquirentes interesa fundamentalmente al debate doctrinal, pero sin tener auténtica trascendencia práctica, quizá no sea esta la solución más acertada. De hecho, da la sensación de que el legislador catalán ha comenzado a preparar el camino para la efectiva adquisición automática por parte del sobreviviente, pero se ha quedado a medio camino al mantener el párrafo 3 del artículo 231-15: *En los bienes adquiridos con pacto de supervivencia, la adquisición de la participación del premuerto debe computarse en la herencia de este por el valor que tenga la participación en el momento de producirse el fallecimiento, a los efectos del cálculo de la legítima y de la cuarta viudal, y debe imputarse a esta por el mismo valor*, lo que, de nuevo, siembra el desconcierto, pues, ¿de qué participación está hablando, si se indica que adquieren conjuntamente, sin referencia alguna a mitades o cuotas? Lo único que se me ocurre es que se refiera a la participación establecida en la escritura o contrato privado al efectuar la compraventa, pero esto, inevitablemente, contraría al párrafo primero de este artículo, que parece excluir toda referencia a cuotas.

¿Acaso al determinar la cotitularidad en *pro indiviso* ordinario, en sintonía con lo que establece el 231-15, párrafo 1, no se está exigiendo que en la compraventa se excluya toda referencia a la participación que adquiere cada uno? Nos encontraríamos de este modo con una compraventa efectuada por un matrimonio casado en separación de bienes que “adquiere” de forma conjunta, sin cuotas, esto es, igual que

---

<sup>400</sup> Para un mayor desarrollo de estas cuestiones, *vid. infra* Capítulo Cuarto, apartado I, subapartado 3.

un matrimonio sujeto al régimen de gananciales.

Además, no podemos olvidar que la única referencia a un *pro indiviso* se encuentra en el artículo 231-18, párrafo 3, al establecer que *la ineficacia y la extinción del pacto de supervivencia determinan la cotitularidad, en comunidad indivisa ordinaria, de los cónyuges, o del cónyuge superviviente y de los herederos del premuerto, o bien del cónyuge no deudor y del adjudicatario de la mitad del cónyuge deudor.*

Tras esto, podríamos preguntarnos si la intención del legislador es que únicamente se compute la participación en la herencia del premuerto en los casos de extinción e ineficacia; pero no nos parece que esta sea en modo alguno su intención, y, además, del texto legal no se desprende esta exigencia en absoluto.

En definitiva, muchos interrogantes y contradicciones sobre una serie de innovaciones que, si bien oportunas, no han acaba de arrojar definitiva luz sobre esta institución.

## **6. Justificación final y conclusión**

Tras todo lo expuesto hasta este punto, se hace oportuno dejar un pequeño espacio para la autocrítica. La opinión acerca del carácter *mortis causa* de este negocio jurídico, si bien está presente en la opinión de diversos autores ya citados, como CASTAN, ROCA SASTRE o PUIG BLANES, lo cierto es que se encuentra con no pocas voces en contra, como los igualmente citados a lo largo de este capítulo VALLET, O'CALLAGHAN, PUJOL CAPILLA o GOMEZ GALLIGO, así como por el criterio dominante del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña y la a Dirección General de Derecho y Entidades Jurídicas de la Generalidad. Todo ello no hace sino evidenciar, a día de hoy, algo que sobre lo que he ido insistiendo a lo largo de este estudio: la total falta de acuerdo sobre la naturaleza jurídica de esta figura; falta de acuerdo que, lógicamente, repercute en su propia dimensión práctica, al crear una enorme inseguridad, dado lo incierto de los resultados de su aplicación.

Ciñéndome a los fundamentos de mi opinión, como ya he

expuesto, esta descansa principalmente sobre dos pilares: el primero de ellos, es el reiterado imperativo legal que recoge, una vez más, el reciente Libro II del Código Civil Catalán, consistente en ordenar que la adquisición de la participación del premuerto se compute en su herencia, a efectos del cálculo de la legítima, y, en su caso, se impute en pago a cuenta de la cuarta vidual. No volveré a extenderme sobre este asunto, pero mi opinión es que si el legislador catalán hubiera considerado que dichas exigencias constituían un error arrastrado desde la Compilación, la oportunidad de corregirlo al preparar la nueva redacción del articulado correspondiente era óptima, y, sin embargo, ha mantenido dicha exigencia. Como ya he señalado, o pensamos en su incompetencia, o en su fundada intención; y yo me decanto por lo segundo, reiterando que ningún contrato oneroso puede generar tales requisitos<sup>401</sup>.

En segundo lugar, creo que la evolución legislativa experimentada, en paralelo, por esta institución junto con la de la sucesión contractual, evidencia un notable intento por parte del legislador no sólo de revitalizar instituciones propias del Derecho civil catalán, sino también adaptarlas a los nuevos tiempos. En este sentido, se evidencia una notable preocupación por dotar tanto a los pactos sucesorios como al pacto de supervivencia, de nuevos mecanismos que los hagan más dinámicos y accesibles.

Si esto es así, y si vemos esta intención en el legislador, ¿cómo dudar de que la citada imposición de cómputo en la legítima e imputación a la cuarta vidual, puedan ser un error o un descuido? ¿El mismo ánimo reformista que ha renovado de arriba abajo los

---

<sup>401</sup> Especialmente sorprendente resulta en este sentido la sentencia de 20 de octubre de 2009 de la Audiencia Provincial de Lleida, en la que se defiende la naturaleza onerosa del pacto de supervivencia *sin que sea obstáculo para ello el hecho de que el art. 61-2 del Compilación exija la computación en la herencia del premuerto de la parte del bien adquirido por el otro cónyuge en virtud del pacto de supervivencia, a efectos de cálculo de la legítima, pues según se deriva de la doctrina jurisprudencial ya mencionada estamos un pacto de índole familiar y no sucesorio, y consideramos que no puede configurarse como un negocio a título gratuito o lucrativo*. Nos encontramos pues ante una doctrina jurisprudencial que excede la mera labor interpretativa, para derogar *de facto* la imposición de legal de computar la parte del premuerto a efectos de la legítima.

heredamientos e introducido el nuevo tipo de pacto sucesorio de atribución particular, ha flaqueado con el pacto de supervivencia, precisamente en su elemento más polémico y discutido? Me parece difícil de justificar.

Teniendo esto en cuenta, a la hora de fijar la naturaleza jurídica del pacto de supervivencia me he fijado en aquellos negocios que sí pueden originar la exigencia de computar a efectos de comprobar un posible perjuicio en los derechos legitimarios. En Derecho Catalán, aparecen la donación *inter vivos*, la *mortis causa*, y el contrato o pacto sucesorio. Dado el carácter esencialmente revocable de modo unilateral de la donación, me he decantado por esta tercera opción, como ya he expuesto.

Una vez situados en el ámbito de la sucesión paccionada, las complejas operaciones que antes de la entrada en vigor del Código Civil de Cataluña se requerían para justificar la inclusión del pacto de supervivencia dentro de la misma, se han visto notablemente aligeradas. Y es que los paralelismos existentes entre el pacto de supervivencia y los pactos sucesorios de adquisición particular, según he apuntado previamente, son notables. Más adelante ahondaré en esta cuestión<sup>402</sup>.

Finalmente, señalar que la naturaleza familiar, que tan repetida es por la jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, aporta muy poco a la hora de clarificar la verdadera naturaleza de esta institución. Desde mi punto de vista, la limitación subjetiva del pacto de supervivencia, así como su ubicación dentro del libro de familia, encaminan a esta clasificación, que se antoja si bien no errónea, sin duda escasa, pues no profundiza en la realidad de su esencia, quedándose en el mero plano de la limitación subjetiva de los matrimonios y las parejas de hecho.

Esta limitación, como digo, no creo que baste para satisfacer la cuestión que nos ocupa. La legítima, sin ir más lejos, únicamente afecta a la familia troncal y al cónyuge, y no por eso se define como institución

---

<sup>402</sup> Vid. *infra* Capítulo IV, apartado II, subapartado 3.



familiar. El mismo criterio debería ser aplicado al pacto de supervivencia.

Tras todo lo dicho, sin embargo, debo reconocer que estas conclusiones no resultan determinantes. Dado el notorio rechazo que tanto la doctrina especializada como los tribunales de justicia catalanes han evidenciado de forma mayoritaria desde los años sesenta a raíz de la regulación entonces dada, el legislador catalán ha dejado pasar una magnífica oportunidad de reconducir las adquisiciones con pacto de supervivencia a lo que fueron en su origen, en mi opinión, un negocio aleatorio de carácter necesariamente oneroso<sup>403</sup>, por el que los cónyuges otorgantes buscaban precisamente lo que la ley ahora exige: evitar el paso por el caudal relicto de los bienes adquiridos en conjunto. Pero de poco sirve lamentarse, de modo que nuestro deber exige atender al texto vigente y trabajar en base a sus dictámenes, no a los de una figura que la propia práctica legislativa parece haber extinguido, por mucho que sintamos su pérdida.

Tal enfoque, ajustado a la realidad del momento, es el que me inclina a concluir del modo que ya he expuesto. Que la naturaleza jurídica del pacto de supervivencia, a día de hoy, es la de un especial pacto sucesorio de atribución particular, cuyo contenido familiar le dota de unas especiales cautelas y fines; motivo este por el que el Código Civil de Cataluña le presta una especial regulación en los artículos 231-15 y siguientes.

---

<sup>403</sup> Digo “necesariamente” porque más allá de la intención de los otorgantes, se hace necesario este carácter oneroso para conseguir los efectos perseguidos, pese a que desde mi punto de vista el carácter de contraprestación de la doble atribución del uno a favor del otro sea, a mi modo de ver, discutible.

# **CAPÍTULO TERCERO**

## **CRITERIOS CONSTITUTIVOS DE LAS ADQUISICIONES ONEROSAS CON PACTO DE SUPERVIVENCIA**

### **I. INTRODUCCIÓN**

#### **1. “Adquisiciones onerosas” frente a “compraventas”**

A día de hoy, el estudio de los elementos que componen las adquisiciones onerosas con pacto de supervivencia presenta múltiples complejidades, derivadas de las sucesivas modificaciones experimentadas y, por supuesto, de su conflictiva naturaleza jurídica. Sin embargo, dentro de esta amplia variedad de singularidades, hay una que, por su dimensión y alcance, merece ser destacada sobre todas las demás: la de la alteración misma, respecto de su regulación anterior, de su propia categoría jurídica.

Si hasta la entrada en vigor del Libro II del Código Catalán el pacto de supervivencia había estado siempre vinculado, por lo menos en lo que a derecho normado se refiere, al contrato de compraventa, ya como negocio independiente, ya como parte del mismo; a partir de dicho momento esta vinculación clásica desaparece, convirtiéndose la institución más concreta de “compraventas con pacto de supervivencia” en otra indudablemente más amplia: “adquisiciones onerosas con pacto de supervivencia”.

Esta modificación, necesariamente, repercute en el objeto de nuestro estudio, puesto que se han sobrepasado los límites concretos de la compraventa para ampliar sus fronteras, más allá de un contrato definido, a toda una categoría jurídica.

La doctrina habitualmente define la categoría de contratos onerosos por oposición a los gratuitos. Desde esta oposición, son contratos onerosos aquellos en que existe una reciprocidad de

prestaciones; esto es, aquellos en que cada una de las partes queda obligada respecto de la otra a efectuar una prestación determinada. “Lo decisivo para que haya onerosidad es la presencia de un intercambio de prestaciones principales”<sup>404</sup>, se dice. En los gratuitos, en cambio, la prestación es única, apareciendo un solo sujeto obligado frente al otro, que es receptor de la prestación sin tener que padecer sacrificio equivalente alguno. Son contratos onerosos, pues, la compraventa, la permuta o el arrendamiento, frente a negocios típicamente gratuitos, como la donación o el comodato<sup>405</sup>.

Ahora bien, la nueva categoría surgida del Libro II no se limita a establecer el carácter oneroso del contrato que ha de preceder al pacto, sino que indica que ha de constituir una adquisición, esto es, ser un negocio capaz de trasladar el dominio de un titular a otro. De esta manera, se están excluyendo no sólo los negocios gratuitos, sino también los onerosos no traslativos del dominio, como el arrendamiento o el depósito retribuido, cuya finalidad no es materializar un cambio dominical.

En la exposición de motivos del Libro II del Código Civil Catalán, el legislador destaca esta notable ampliación, y la justifica apelando a la línea jurisprudencial del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña. En efecto, dicho Tribunal, en sentencia de 17 de marzo de 2003, llegó a la conclusión de que el concepto “compraventa” debía de ser entendido en un sentido extenso, y no limitativo:

*L’ expressió compres no equival necessàriament a contracte de compra-venda en sentit jurídic i que reuneixi tots els requisits propis del contracte de compra-venda, sinó que l’expressió compres es pot referir igualment a qualsevol altre transmissió fonamentada en una causa onerosa, que el llenguatge vulgar pot assimilar a una compra-venda, perquè la compra-venda és sens dubte el prototipus del contracte*

---

<sup>404</sup> LACRUZ BERDEJO, J.L., RIVERO HERNANDEZ, F., y otros, *op. cit.*, pag.478.

<sup>405</sup> ALBALADEJO GARCIA, M., *Derecho Civil I*, *op. cit.*, pag 400. Señala una tercera categoría atendiendo a este criterio de distinción: la de los contratos neutros. Define como tales aquellos que pueden ser onerosos o gratuitos, según como se configuren por las partes, pudiendo amoldarse a una u otra categoría. Así el depósito o el mutuo.

*transmissiu que es fonamenta en una causa onerosa.*

El objeto de dicha sentencia era determinar la validez o no de un pacto de sobrevivencia incluido en un contrato de renta vitalicia, cuestión sobre la que el Tribunal Superior de Justicia se mostró favorable. Su resolución, como el propio legislador catalán reconoce, es la que dio pie a esta notable modificación.

Podemos pensar, sin riesgo a equivocarnos, que la categoría de adquisiciones onerosas no se agota con la compraventa y la renta vitalicia. Se me ocurren como posibles contratos onerosos diferentes a los que unir pacto de supervivencia, sin ánimo en modo alguno de ser exhaustivo, el de permuta<sup>406</sup>, la dación en pago de deuda o el contrato de prestación de alimentos. Según PUJOL CAPILLA, por ejemplo, también podríamos añadir el contrato de edificación por tercero<sup>407</sup>. Y MEZQUITA DEL CACHO apunta, entre otras posibilidades, la de la adjudicación de bienes en pago de aportación que unos consortes hubieran hecho por mitad de valor a una sociedad, y que esta les restituya o compense con todos sus incrementos a la disolución y liquidación de la misma, así como la transmisión onerosa de un derecho de superficie o la constitución a favor de los adquirentes de un censo enfiteútico o figura similar<sup>408</sup>.

En consecuencia, podemos afirmar que la institución ha ganado en diversidad y adaptabilidad con la modificación efectuada, pues abre el abanico de posibilidades a otras formas de adquisición que, además, contarán con el respaldo efectivo del Código Civil Catalán, más allá del principio de autonomía de la voluntad y de la opinión jurisprudencial,

---

<sup>406</sup> La permuta, a mi juicio, constituye precisamente el contrato al que menos falta hacía el cambio de regulación, ya que el Código Civil, en ausencia de regulación por parte del Código Civil Catalán y del resto de su normativa propia, dice que la permuta, en todo lo que no esté expresamente regulado para ella, se regirá por las normas de la compraventa, por lo que, entiendo yo, se podría entender que el pacto de supervivencia queda incluido en esta enunciación.

<sup>407</sup> PUJOL CAPILLA, P., *op. cit.*, pag. 168.

<sup>408</sup> MEZQUITA DEL CACHO, J.L., “Las adquisiciones conyugales con pacto de sobrevivencia como fórmula aleatoria en la formación del patrimonio familiar”, *Fundamentos e Instituciones del Derecho de Cataluña*, Revista La Notaria, Marcial Pons, 2.008, Barcelona, pags. 899 y 900.

al quedar vinculados a la regulación precisa que aporta. ¿Esto era necesario? Si atendemos a la referida sentencia del Tribunal Superior de Justicia, creo que podemos responder que sí, ya que se pone de manifiesto el uso del pacto más allá del marco de la compraventa. Además, con esta ampliación sin duda se puede “relanzar” el empleo de esta institución, fomentando su uso dentro de un panorama de aplicación más extenso.

## **2. Dificultades del presente estudio: de nuevo su conflictiva naturaleza jurídica**

El análisis de los elementos que integran las adquisiciones onerosas con pacto de sobrevivencia, según he anunciado, presenta, a la vista de las conclusiones expuestas en el capítulo anterior, una destacable serie de dificultades.

Lo primero de todo, y contando con la propia intuición, hay que decidir si estamos ante un único contrato o ante una dualidad de negocios jurídicos. Hecho esto, tendremos que decantarnos por una de las diferentes alternativas señaladas en cuanto a la naturaleza jurídica de ese o esos negocios, y, en función de ello, adentrarnos en el estudio de sus elementos integrantes.

Mi punto de partida, como ya he indicado previamente, es que nos enfrentamos a una dualidad de negocios jurídicos, integrada por un contrato, de compraventa en la mayoría de los casos, previo y necesario, al que sigue el pacto de supervivencia, ambos aunados por imperativo legal. En consecuencia, junto a los elementos propios de la compraventa se hace necesario estudiar los requisitos inherentes al pacto.

Ahora bien: a modo de breve recordatorio, insisto en que mi percepción es que el pacto de supervivencia, tal y como aparece regulado en el Libro II del Código Civil Catalán, constituye una modalidad de pacto sucesorio de cosa cierta. En este sentido, coincide mi opinión, al menos de inicio, con la de PUIG, quien en su reciente

estudio sobre el Libro II del Código Civil Catalán argumenta que el pacto de supervivencia “es una especie peculiar de pacto sucesorio (no sujeta a las formalidades de los heredamientos) y limitada a un bien concreto (el adquirido)”<sup>409</sup>.

Esta argumentación, sin embargo, no ha gozado históricamente de gran aceptación, tanto desde el punto de vista doctrinal como jurisprudencial, ya que parece imperar el criterio de que el pacto de supervivencia constituye una institución de carácter familiar, o, en el mejor de los casos, un contrato oneroso y aleatorio.

Teniendo en cuenta esta notable divergencia, y en espera de que los órganos jurisprudenciales se manifiesten al amparo de la nueva regulación, tomando buena nota de los cambios acaecidos, que, en mi opinión, modifican hasta transformar la institución original, creo que lo más oportuno será un acercamiento desde ambos puntos de vista a los elementos integrantes del pacto, teniendo en cuenta la, hasta hoy opinión mayoritaria y la que yo defiendo. Y todo ello, no lo olvidemos, atendiendo a la nueva categoría de “adquisiciones onerosas”.

## **II. Criterios subjetivos**

### **1. Los sujetos del pacto de supervivencia**

Partiendo de que el contrato clásico y prototípico de adquisición onerosa con pacto de supervivencia es la compraventa, justo parece tomar este contrato oneroso como punto de partida y ejemplo principal para nuestro estudio, e ir haciendo las anotaciones que resulten precisas.

La compraventa, así como cualquier otro contrato oneroso traslativo del dominio, es un contrato oneroso, bilateral o sinalagmático, en el que existen dos partes bien diferenciadas que se obligan recíprocamente: de un lado, el transmitente, generalmente vendedor, y de otro, los adquirentes, normalmente compradores.

---

<sup>409</sup> PUIG BLANES, F.P, *op. cit.*, pag. 276.

### **1.1. El transmitente**

El vendedor o transmitente, que puede ser una única persona o varias, no tiene que reunir ningún requisito especial: deberá tener capacidad para contratar, de acuerdo con lo establecido en los artículos 1261 y 1457 del Código Civil<sup>410</sup>, y poder de disposición sobre la cosa objeto del contrato. Esto es: tiene que tener capacidad y legitimación.

Como en cualquier compraventa, la parte vendedora podrá actuar por sí misma o a través de apoderado. En este caso, dicho apoderamiento deberá figurar en documento público, de acuerdo con la exigencia del artículo 1280; en caso contrario, esto es, en caso de que el representante no acredite de forma suficiente el mandato, o bien cuando actúe como mandatario verbal, su actuación deberá ser ratificada por el mandante, de acuerdo con lo establecido en el artículo 1727 del Código Civil y, siempre que la venta o transmisión se efectúe en escritura pública, el 164 del Reglamento Notarial.

### **1.2. Los adquirentes**

Sobre los compradores o adquirentes, en cambio, sí aparecen una serie de especialidades sobre las que debemos detenernos:

#### **1.2.1. Cónyuges y futuros contrayentes**

En primer lugar, el artículo 231-15 del Código Civil Catalán exige que estos sean cónyuges o bien futuros contrayentes. A diferencia de lo establecido en el derogado artículo 44 del Código de Familia, que exigía que el régimen económico de los cónyuges fuera el de separación de bienes (artículo complementado por el 48 del mismo cuerpo legal, que hacía extensivo este contrato a aquellos casados bajo el régimen de participación), el nuevo texto legal nada indica sobre el régimen

---

<sup>410</sup> En esta materia tendremos que estar a lo que diga el Código Civil, en espera del Libro VI del Código Civil Catalán.

económico de los adquirentes, que ha pasado de ser una exigencia legal definidora del contrato a carecer de importancia.

Este hecho, como ya puntualicé en las conclusiones recogidas en el anterior capítulo, me parece sin duda, a la vista del planteamiento actual, un enorme acierto, pues, realmente, no veo obstáculo lógico ni beneficio aparente, a día de hoy, en que se deba aceptar la inclusión del pacto bajo un determinado régimen y rechazarla bajo otro.

Ahora bien, este juicio, como ya he dicho, lo emito desde la perspectiva actual de las adquisiciones con pacto de sobrevivencia, esto es, desde la constatación de que nos encontramos ante una institución increíblemente evolucionada y mutada a través del paso del tiempo. Sin embargo, si consideráramos este nuevo cambio desde la óptica de las compraventas con pacto de sobrevivencia originales, el hecho de suprimir la exigencia del régimen de separación de bienes supone desnaturalizar su propio origen y evolución, íntimamente unidos al mismo.

En este sentido, la exigencia de la sujeción a la separación de bienes ha sido apuntada, reclamada y defendida, en mayor o menor grado y sin quejas, a lo largo del pasado siglo, en un primer momento por autores como VALLET DE GOYTISOLO y CALVO SORIANO, quienes vincularon, según ya se ha repetido en varias ocasiones a lo largo de este trabajo, el origen del pacto de supervivencia a la corrección de las injusticias derivadas del régimen de separación de bienes, y más adelante, tras la entrada en vigor de la Compilación de Derecho Civil Catalán, por otros como O'CALLAGHAN MUÑOZ ("el comprador, éste debe estar constituido por cónyuges en régimen de separación de bienes"<sup>411</sup>), CABRERA HERNANDEZ ("este matrimonio debe regirse por el sistema, legal en Cataluña, de separación de bienes"<sup>412</sup>), LALINDE ABADIA ("no todos los cónyuges podrán pactarlo, sino solamente los que se encuentren en régimen económico de separación"<sup>413</sup>),

---

<sup>411</sup> O'CALLAGHAN MUÑOZ, X., *Comentarios al Código Civil*., *op. cit.* pag.109.

<sup>412</sup> CABRERA HERNANDEZ, J.M., "El contrato de compraventa con pacto...", *op. cit.*, pag. 35.

<sup>413</sup> LALINDE ABADIA, J., *op. cit.*, pag. 347.



AMENGUAL PONS (“sólo pueden pactarlo los cónyuges en régimen de separación”<sup>414</sup>), BALLESTEROS ALONSO (“los cónyuges que quieran celebrarlo han de estar casados en *régimen de separación de bienes*”<sup>415</sup>), ROCA SASTRE (“ha de tratarse de un pacto entre cónyuges, esposo y esposa, a la vez *compradores* por mitad indiviso de un bien, siempre que los mismos se hallen *sujetos al régimen económico-conyugal de separación de bienes*”<sup>416</sup>) o QUINTANA PETRUS (“sólo pueden comprar con pacto de sobrevivencia los cónyuges sometidos al régimen Derecho Catalán cuyo régimen económico del matrimonio sea el de separación de bienes”<sup>417</sup>).

Todo esto no hace sino poner de manifiesto, insisto, los profundos cambios que ha experimentado esta institución desde que pasó a regularse en la Compilación, habiendo sufrido constantes mutaciones a lo largo de los últimos cincuenta años. Pero el Derecho ha de adaptarse a los tiempos, lógicamente, y los desmanes que preocupaban en la primera mitad del pasado siglo son sombras hoy en la sociedad actual. Por dicha adaptación, así como por la ya referida evolución sufrida, a las que podemos añadir el carácter sucesorio que entiendo ha adquirido el pacto, es por lo que la sujeción a un determinado régimen económico me parece no sólo innecesaria, sino injusta, máxime si tenemos en cuenta su extensión a las parejas de hecho, fuera por definición de todo régimen económico matrimonial. Por todo ello, creo que hay que celebrar el cambio.

### **1.2.2. Sistemas matrimoniales catalanes**

Dada la eliminación de la exigencia de pertenecer a un determinado régimen económico, podemos plantear una serie de reflexiones interesantes sobre las novedades que esto implica, pues cualquier matrimonio puede ahora incluir el pacto en una adquisición

---

<sup>414</sup> AMENGUAL PONS, P.J., *op. cit.*, pag. 397.

<sup>415</sup> BALLESTEROS ALONSO, M., *op. cit.*, pag. 454.

<sup>416</sup> ROCA SASTRE, R.M., “Las compras con pacto de sobrevivencia”, *op. cit.*, pag. 474.

<sup>417</sup> QUINTANA PETRUS, J.M., *op. cit.*, pag. 886.

onerosa.

El sistema matrimonial catalán prevé seis modalidades de *régimen económico matrimonial*. Atendiendo tanto a su ámbito de aplicación como a la extensión de su uso, en un primer grupo podemos reunir el régimen de separación de bienes - que es el sistema que rige de forma supletoria en Cataluña -, el régimen de participación en las ganancias y el régimen de comunidad de bienes. El segundo grupo quedaría integrado por otros tres sistemas que son propios del derecho local, y que, al decir de distintos autores, según veremos, están en franco desuso: la asociación de compras y mejoras, el *agermanament* o pacto por mitad, y el pacto de *convivença* o *mitja guadanyeria*.

- El ***régimen de separación de bienes*** es el régimen legal supletorio en Cataluña<sup>418</sup>. Se caracteriza porque cada uno de los cónyuges mantiene la propiedad, goce, administración y libre disposición de todos sus bienes, de modo que no existe una masa patrimonial común del matrimonio, sino dos patrimonios independientes y separados, según reconoce el propio Código Civil de Cataluña en su artículo 232-1.

Con ello, Cataluña se aparta del sistema que rige en el Derecho Civil Común español, donde se impone como opción supletoria la sociedad de gananciales (salvo en Baleares y Valencia), y, realmente, del

---

<sup>418</sup> PUIG I FERRIOL, L. y ROCA I TRIAS, E., *Institucions del Dret Civil de Catalunya*, Vol. II, *op.cit.*, págs. 339 y 340. ROCA I TRIAS puntualiza que, si bien en la actualidad el régimen de separación de bienes es el habitual entre los matrimonios catalanes, esto no ha sido históricamente así. Anteriormente, el régimen dotal fue el sistema más empleado, pero la progresiva devaluación de la dote, unida a la inevitable evolución de la sociedad, transitando de un entorno mayoritariamente rural a uno urbano, supuso que el régimen residual de separación de bienes pasara a ser el principal. En consecuencia, afirma dicha autora sin recelos que “la regulació del règim de separació de béns constitueix l’element bàsic del règim matrimonial català”.

Esta evolución también ha sido puesta de manifiesto por PANISELLO MARTINEZ, J., “Artículos 232-1 a 232-38”, *Comentarios al Código Civil de Cataluña*, Tomo I, PUIG BLANES, F.P. y SOSPEDRA NAVAS, F.J. (Coord.), Civitas - Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2011, págs. 300 y 301, quien, tras considerar el régimen de separación de bienes como el “régimen legal por excelencia” en Cataluña, afirma que “se deriva del dotal clásico que comportaba la existencia de una masa patrimonial que, sin ser común, se encuentra afectada al levantamiento de las cargas y otras masas patrimoniales de propiedad y gestión exclusiva de cada uno de los cónyuges. Con el transcurso del tiempo y dada la ausencia de constituciones dotales pasa a ser un régimen de separación absoluta de los patrimonios de los cónyuges”.

resto de Europa, donde predominan los regímenes de comunidad y los de comunidad diferida y participación, con la sola excepción de Irlanda y, en Gran Bretaña, Escocia e Inglaterra<sup>419</sup>.

El principio que rige la autonomía patrimonial del sistema de separación de bienes es afianzado por los artículos que siguen al 232-1, de modo que el 232-2 destaca que cada uno de los cónyuges mantiene la propiedad tanto de los bienes adquiridos antes como durante el matrimonio, y por el 232-3, que recalca que los bienes adquiridos a título oneroso durante el matrimonio pertenecen al cónyuge que conste como titular. En caso de dudas, el 232-4 asienta el criterio de que se considerará que el bien litigioso pertenece a ambos cónyuges por mitades indivisas.

En relación con el pacto de supervivencia, pienso que la presencia de un matrimonio adquirente sometido al régimen de separación de bienes plantea dos cuestiones principales:

Por un lado, y en relación a lo antes dicho, no hay duda de que ambos cónyuges deben adquirir el bien que se sujeta al pacto de forma conjunta, de modo que quede clara su voluntad de adquisición en el título de compra, ya sea por comparecencia directa o bien mediante apoderado. Esto no plantea especiales problemas.

En segundo lugar, el asunto que puede dar lugar a consideraciones de mayor calado lo constituye el modo en que adquieren estos cónyuges. Dado que no hay posibilidad de apelar a un patrimonio común, pues lo que define a este régimen es la independencia patrimonial, cada uno debería adquirir *una parte o cuota* del bien, pero el texto legal habla de una *adquisición conjunta*. Supone sin duda tal modo de adquirir una excepción destacable y nada usual, pues, a través del pacto de supervivencia, los cónyuges, realmente, están modificando su régimen matrimonial, al menos en lo que se refiere a integrar una suerte de adquisición común, de corte

---

<sup>419</sup> PANISELLO MARTINEZ, J., *op. cit.*, pag. 300.

ganancial<sup>420</sup> o, en lo que se refiere al sistema catalán, más propia del régimen de comunidad de bienes.

Esto es: en el marco de una comunidad típicamente romana, como es la derivada del régimen de separación de bienes, se inserta una adquisición compartida sin distribución de cuotas.

Tal situación, sin duda válida y legítima, toda vez que está permitida por el mismo cuerpo legal que regula las formas de los diferentes regímenes económicos y sus efectos, podría plantear algún problema caso de que, al proceder a su inscripción en el registro de la propiedad, el Registrador entienda que existe contradicción entre el sistema consagrado por los artículos 232-1 a 232-4 y el 231-15, pues los primeros defienden la independencia total de patrimonios de los cónyuges, mientras que el segundo propugna la adquisición de un bien en régimen de comunidad y sin división de cuotas.

En este sentido, el principio de especialidad registral exige no sólo la constatación de los sujetos titulares del derecho, sino también la proporción ideal en que lo son, con datos matemáticos (artículos 9.4 de la Ley Hipotecaria y 54.1 del Reglamento Hipotecario). Ahora bien, tampoco debemos olvidar la regla doctrinal, asentada por la jurisprudencia, de que la “ley especial rige sobre la general”, de modo que el articulado del pacto de sobrevivencia fácilmente puede interpretarse como una especialidad dentro del sistema de separación de bienes, que conllevaría la paradójica situación de que un bien inmueble adquirido por un matrimonio bajo tal sistema sea inscrito conjuntamente a favor de los dos en una única cuota genérica, que es lo que sucede con el régimen de gananciales, y con plena validez.

Dado lo reciente de la novedosa regulación, todavía no tenemos constancia de que haya surgido problema alguno derivado de esta regulación, de modo que debemos esperar a la aparición, o no aparición, de futuras contiendas y resoluciones para poder responder de un modo más concreto a esta cuestión.

---

<sup>420</sup> Esta circunstancia tan particular podría llevarnos a replantear el carácter capitular del pacto de supervivencia, tal y como anunció en su día CALVO SORIANO.

Al margen de estas reflexiones, creo pertinente recordar la capital importancia que el régimen de separación de bienes ha tenido en la vida de las adquisiciones onerosas con pacto de supervivencia. Desde un principio, la pertenencia a este régimen fue requisito inexcusable a la hora de acordar el pacto (aunque algún autor planteara su salvedad en un primer momento)<sup>421</sup>, de modo que su mismo origen se propició, siguiendo lo apuntado por la doctrina<sup>422</sup>, al intento de paliar las injusticias derivadas de dicho sistema en relación con la situación de la esposa.

Posteriormente, esta interpretación no sólo fue tomada en cuenta, sino exigida de modo imperativo por el primer texto legal que reguló las compraventas con pacto de supervivencia: La Compilación de Derecho Civil de Cataluña de 1960. Como señala PUJOL CAPILLA, el legislador catalán de aquel entonces entendió que “es en este modelo de regulación de la vida económica en común donde realmente tenía relevancia este tipo de figura”<sup>423</sup>.

Siendo esto así, ¿por qué cambiar el vetusto modelo, e igualar el sistema de separación con el resto? Sin duda, la respuesta hay que buscarla en el cambio del modelo social experimentado por la sociedad española en general y catalana en particular desde principios del siglo XX hasta nuestros días. Ya no parece que tenga mucho sentido justificar una institución en aras de la precaria situación general de la mujer, sino más bien se antoja necesario actualizar dicha institución a un modelo de total integración e igualdad. Por ello, entiendo que la finalidad perseguida por el pacto de supervivencia ha pasado de ser la protección de la esposa a la defensa recíproca de los cónyuges. El miedo no es ya que fallezca el marido primero, sino que lo haga cualquiera de los dos, dejando en desamparo al superviviente. O, de un modo más simple y menos dramático, acaso guíe en la actualidad al pacto la

---

<sup>421</sup> Véase, por ejemplo, el citado trabajo de VIRGILI SORRIBES, que versa sobre la posible aplicación del pacto al régimen de asociación de compras y mejoras.

<sup>422</sup> Véase VALLET DE GOYTISOLO, J., “La compraventa por...”, *op. cit.*, págs. 727 y 728; y CALVO SORIANO, A., *op. cit.*, págs. 388 y 389.

<sup>423</sup> PUJOL CAPILLA, P., *op. cit.*, pag.78.

voluntad de decidir los esposos adquirentes el destino de su adquisición, evitando tener que compartirla con los herederos, de modo que se soslaye una posible fuente de conflicto con los mismos.

De cualquier forma, todo esto no debe ocultar el hecho de que el régimen de separación de bienes ocupa un lugar especial frente a los otros, tanto por ser el sistema pionero, desde todos los puntos de vista (doctrinal, en relación al derecho consuetudinario y al derecho positivo), cuanto por constituir el régimen mayoritario en Cataluña, toda vez que no podemos olvidar, claro está, que constituye en la actualidad el sistema supletorio.

- El Código Civil de Cataluña a continuación regula ***el régimen económico matrimonial de participación en las ganancias***.

El artículo 232-13 puntualiza que, mediante el mismo, se atribuye a cualquiera de los cónyuges, en el momento en que se extinga el régimen, el derecho a participar en el incremento patrimonial obtenido por el otro durante el tiempo en que el régimen haya estado vigente.

Esta concepción es prácticamente la misma que encontramos en el artículo 1411 del Código Civil, donde se define el régimen de participación indicando que, a través de él, cada uno de los cónyuges adquiere el derecho a participar en las ganancias obtenidas por su consorte durante el tiempo en que dicho régimen haya estado vigente.

ALGARRA PRATS asegura que, pese a que hay quien afirma que su origen está en el propio sistema de gananciales, el origen del mismo en nuestro ordenamiento jurídico se debe al sistema francés y, en ciertos aspectos, al alemán<sup>424</sup>. Igualmente estos autores precisan que su aparición primera en nuestro ordenamiento jurídico positivo se

---

<sup>424</sup>ALGARRA PRATS, E., “El Régimen de Participación”, *Tratado de Derecho de la Familia*, dirigido por YZQUIERDO TOLSADA, M. y CUENA CASAS, M., Volumen IV, Tomo II, Thompson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 211, pags. 179 a 182.

PUIG I FERRIOL, L. y ROCA I TRIAS, E., *Institucions del Dret Civil de Catalunya*, Vol. II, *op.cit.*, pags. 365 y 366, señala que el régimen de participación, tanto en su modalidad catalana como en la del Código Civil, tiene su origen en ciertos países de Centroeuropa, desde donde se difundió durante la segunda mitad del pasado siglo.

produce con la reforma del Código Civil de 1981.

La mentalidad que guió su aparición fue, a decir de PUIG FERRIOL, la de imponer una cierta “justicia social” a la situación, más habitual entonces, derivada de que la mujer contribuyera a la estabilidad familiar con el trabajo domestico, o incluso en el ámbito de los negocios familiares, sin recibir beneficio económico cuantificable por ello, de modo que pareció adecuado hacerla participar en las ganancias generadas durante la vigencia del matrimonio. De este modo, se configuró como “un règim de separació de béns mixtificat o corregit”<sup>425</sup>.

En cuanto a su regulación, y aplicación práctica, las notas que definen los caracteres esenciales de este régimen son “la completa igualdad e independencia de los esposos en la gestión de sus respectivos patrimonios y la participación de ambos cónyuges en los resultados económicos del matrimonio”<sup>426</sup>.

En efecto, mientras el matrimonio dure, el citado artículo 232-13, en su segundo párrafo, precisa que cada cónyuge mantiene la propiedad, el goce, la administración y la libre disposición de todos sus bienes, lo que también señala el 1412 del Código Civil, pero con la obligación de informar adecuadamente al otro de su gestión patrimonial. Con ello, se pone de manifiesto la independencia patrimonial y de gestión de cada uno de los cónyuges, lo que lo hermana con el régimen de separación de bienes. No en vano el tercer párrafo del 232-13, al igual que el 1413, señala como supletorias para todo lo no previsto las normas del régimen de separación de bienes.

Ahora bien, la finalidad de este régimen es evidente: ofrecer, en el momento de la disolución del mismo, una alternativa al régimen de separación de bienes, mitigando sus efectos. Frente a la idea que sirve de base al régimen de absoluta separación de bienes, el régimen de participación se concibe como una segunda vía mediante la cual, sin perder de vista la independencia patrimonial que define al primero, se atenúan las drásticas consecuencias que aquel conlleva en el momento

---

<sup>425</sup> PUIG I FERRIOL, L. y ROCA I TRIAS, E., *ibid.*, pag. 366.

<sup>426</sup> ALGARRA PRATS, E., *op. cit.*, pag.121.

de su disolución y liquidación, de modo que se participe en las ganancias obtenidas (de modo semejante al régimen de comunidad, o, en derecho común, gananciales). Esta mitigación forzosamente actúa en beneficio del cónyuge económicamente más débil.

Como vemos, se trata de un régimen con evidente vocación finalista. Buena prueba de ello es que casi la totalidad de las normas contenidas en la sección que lo regula tienen como finalidad precisar la extinción y liquidación del régimen, algo que también encontramos en el articulado del Código Civil. Es decir: Durante la vigencia del mismo funciona exactamente igual que el régimen de separación de bienes, pero en el momento de disolverse entran en juego sus normas propias.

A los efectos del presente estudio, podemos afirmar de este régimen económico que, salvo en el caso de que los cónyuges hayan pactado cualquier cosa diferente en capitulaciones, su vida y relevancia jurídica es gemela del régimen de separación de bienes en cuanto al momento de adquirir, de modo que todo lo dicho antes en relación a este momento puede extenderse al presente. En general, el matrimonio que, casado bajo el régimen de participación en ganancias, adquiere un bien con pacto de supervivencia, no difiere del casado bajo separación de bienes. De los efectos caso de disolución del matrimonio, hablaremos más adelante.

- Como tercer sistema de alcance “general” encontramos el ***régimen de comunidad de bienes***.

De acuerdo con lo indicado por el artículo 232-20, *en el régimen de comunidad de bienes, las ganancias obtenidas indistintamente por cualquiera de los cónyuges y los bienes a los que confieran este carácter se convierten en comunes*.

La característica fundamental de este régimen, a diferencia de los dos ya vistos, es la integración patrimonial: Los cónyuges constituyen un patrimonio común, integrado por las ganancias obtenidas por ambos, así como por cualesquiera otros bienes a los que confieran carácter común. En este sentido, el artículo 232-31, párrafo a),



especifica claramente que serán bienes comunes aquellos a los que los cónyuges confieran dicho carácter al convenir el régimen o en un momento posterior.

Con ello, y pese a la concreción efectuada por los artículos 232-31 y 232-32, que enumeran aquellos bienes que serán considerados comunes y aquellos que tendrán carácter privativo, debe entenderse que la nota final del 232-20 en unión con el 232-31 a), permite atribuir a cualquier bien carácter común. Esto es llevado al extremo de que, según lo consignado por el propio 232-32, párrafo a), incluso los bienes que pertenecieran a cada cónyuge de forma individual antes de iniciarse el régimen podrán integrarse en el patrimonio común.

Según afirma PANISELLO MARTINEZ, “los cónyuges pueden atribuir la calidad de privativos a determinados bienes en capitulaciones matrimoniales, es decir, en el momento de pactar el régimen de comunidad, por lo que el concepto de bien privativo dependerá en estos casos de una declaración de voluntad, y no de circunstancias objetivas que puedan predicarse del bien en concreto”<sup>427</sup>.

De todo lo dicho se desprende, en consecuencia, que también podrán los cónyuges, en un momento posterior y por la vía capitular, acordar el carácter común de bienes que en principio serían privativos, tales como los adquiridos por donación o herencia.

Es por ello por lo que PUIG FERRIOL afirma que, a diferencia de lo que ocurre en otros regímenes económicos de comunidad limitada de bienes, en los que no es posible la existencia de inicio de un patrimonio común, ya que sólo son comunes los bienes adquiridos por los cónyuges una vez iniciado el régimen, en el régimen de comunidad de bienes sí es posible de inicio la existencia de un patrimonio común, integrado por los bienes que, hasta entonces, eran privativos de ambos. Por ello, el principio fundamental que informa este régimen es el de establecer un paralelismo entre la unión de dos vidas y la unión patrimonial plena<sup>428</sup>.

---

<sup>427</sup> PANISELLO MARTINEZ, J., *op. cit.*, pag. 357.

<sup>428</sup> PUIG I FERRIOL, L. y ROCA I TRIAS, E., *Institucions del Dret Civil de Catalunya*,

En cuanto al régimen jurídico de la comunidad creada, “los cónyuges son cotitulares de la masa común sobre la que se crea la comunidad germánica es decir, una comunidad en la que no existen cuotas sobre cada uno de los elementos que la componen, sino sobre la globalidad del patrimonio común”<sup>429</sup>.

Como fácilmente podremos deducir, este hecho, junto a todo lo antes dicho, facilita mucho las cosas de cara al pacto de supervivencia, pues tal configuración cuadra perfectamente con lo exigido por el 231-15. En caso de que un matrimonio regido por el sistema de comunidad de bienes efectúe una adquisición con pacto de supervivencia, esta será adquirida conjuntamente, sin especificación de cuotas, que es lo exigible desde ambos referentes, por lo que no se produce contradicción alguna, al contrario de lo antes examinado tanto en relación con el régimen de separación de bienes como con el de participación en las ganancias.

Junto a los tres regímenes estudiados, el Código Civil Catalán regula otros tres sistemas, de marcado carácter localista. Son los siguientes:

- ***La asociación a compras y mejoras***, como el propio Código Civil Catalán se encarga de matizar, es un régimen propio del Campo de Tarragona y otras comarcas<sup>430</sup>, consistente en que *cada cónyuge puede asociar al otro a las compras y mejoras que haga durante el matrimonio*. También se permite esta asociación de forma recíproca entre los cónyuges.

Pese a que el texto catalán enmarca este régimen al campo de Tarragona y, de forma genérica, “a otras comarcas”, lo cierto es que su uso no queda delimitado a región alguna, toda vez que la única exigencia ineludible que se prescribe es el otorgamiento de

---

Vol. II, *op.cit.*, pag. 393.

<sup>429</sup> PANISELLO MARTINEZ, J., *op. cit.*, pag. 355.

<sup>430</sup> VIRGILI SORRIBES. F, *op. cit.*, pag. 333, circunscribió su uso a “la provincia de Tarragona y terrenos colindantes de la de Lérida”.

capitulaciones matrimoniales. La doctrina, por ello, no dudó en tildar de superflua esta matización espacial, aseverando que su uso no queda en modo alguno reducido a aquellos catalanes con vecindad civil perteneciente al campo de Tarragona, sino a cualquiera<sup>431</sup>.

En cuanto a los conceptos de “compras y mejoras”, ambos vienen definidos en el citado cuerpo legal: por compras, se entienden aquellos bienes adquiridos con carácter oneroso por cualquiera de los cónyuges asociados, o bien obtenidos a través de su actividad profesional o trabajo, una vez establecido el régimen. Y por mejoras, los aumentos de valor que experimenten los bienes de cualquiera de los cónyuges debidos a gastos útiles y a la liberación de cargas y gravámenes.

La finalidad de este régimen particular, tras lo dicho, es clara: posibilitar que “uno de los cónyuges asocie al otro, o que ambos recíprocamente lo hagan de forma que se repartan entre ambos al final del matrimonio las compras y mejoras”<sup>432</sup>.

Dos notas llaman la atención de la regulación de este régimen:

Por un lado, el hecho de que, pese a tener un carácter marcadamente localista, el legislador catalán no ha creído oportuno otorgarle carácter supletorio en las regiones en que preexiste, de modo que será siempre necesario acudir a capitulaciones matrimoniales.

Por otro, su desarrollo normativo es escaso, de modo que el Código Civil Catalán remite a la costumbre del lugar en todo lo no previsto por el mismo, y, en su defecto y en lo que sea compatible, al régimen de participación en las ganancias.

Esta remisión a la costumbre del lugar, resulta de difícil cumplimiento por el franco desuso que ha experimentado el régimen de asociación a compras y mejoras<sup>433</sup>, algo que ya fue señalado hace casi setenta años por VIRGILI SORRIBES<sup>434</sup>; por ello, parece lo más lógico que, en caso de que algún matrimonio opte por su inclusión, su

---

<sup>431</sup> Así PUIG I FERRIOL, L. y ROCA I TRIAS, E., *Institucions del Dret Civil de Catalunya*, Vol. II, *op.cit.*, pag. 386.

<sup>432</sup> PANISELLO MARTINEZ, J., *op. cit.*, pag. 345.

<sup>433</sup> Lo considera así PANISELLO MARTINEZ, *ibid.*, pag. 344.

<sup>434</sup> “La institución está desgraciadamente (...) en franca decadencia”, VIRGILI SORRIBES, F., *op. cit.*, pag. 334.

regulación se efectúe, en todo lo no previsto, que es mucho, por el citado régimen de participación.

La solución aportada por el legislador catalán del siglo XXI choca frontalmente con la opinión vigente durante la época de VIRGILI, ya que, según podemos leer en su trabajo, la opinión jurisprudencial por aquel entonces era aplicar en lo no previsto por la costumbre del lugar el régimen de gananciales del Código Civil<sup>435</sup>.

Este hecho, sin duda, motivó la Resolución de 5 de mayo de 1932 de la Dirección General de Registros y del Notariado, en la que se consideró nulo el pacto de sobrevivencia pactado por dos cónyuges asociados tras adquirir un bien inmueble, y con la que VIRGILI se mostró abiertamente crítico.

El razonamiento defendido por VIRGILI fue que el pacto no suponía una modificación hacia el régimen legal de gananciales, algo inadmisibles en aquel momento, sino que su inclusión venía determinada simplemente por un desmembramiento del bien adquirido respecto del patrimonio conyugal, derivado de la celebración de un contrato aleatorio de sobrevivencia entre el marido y la mujer, que en modo alguno determinaba una modificación del régimen legal<sup>436</sup>.

Este razonamiento fácilmente podríamos extrapolarlo, a día de hoy, respecto de los primeros casos vistos en esta sección, pero a la inversa: la inclusión de un bien “común del matrimonio” en un régimen de separación o participación, sin que esto suponga modificación del mismo, ni impida su inscripción en el Registro.

La conclusión a que podemos llegar en caso de que se otorgue una adquisición con pacto de supervivencia en cónyuges bajo este régimen es notablemente particular, pues entiendo que el bien adquirido pertenecerá a ambos cónyuges, pero no a la asociación formada, de modo que, tras el fallecimiento de uno de ellos, no se deba incluir en la liquidación del mismo a fin de compensar con dinero a los herederos, sino que pase al superviviente de modo directo. Es decir: el

---

<sup>435</sup> VIRGILI SORRIBES, F., *op. cit.*, pag. 334.

<sup>436</sup> *Ibid.*, pag. 340.

pacto actuará como factor de exclusión del bien adquirido, impidiendo su integración en la asociación formada.

- ***El agermanament o pacto de mitad por mitad***, propio del derecho de Tortosa, merece un único artículo en el Libro II del Código Civil Catalán: el 232-28. En el mismo, se define el pacto de *agermanament* como una comunidad que incluye todos los bienes que tengan los cónyuges al casarse o en el momento de convenir el pacto, los que adquieran posteriormente por cualquier título, así como las ganancias o lucros de todo tipo.

No debemos pensar que la escasa regulación que encontramos en el Código Civil de Cataluña se deba a la desidia o negligencia del legislador, sino que el *agermanament* o *pacte de mig per mig*, es una institución de origen consuetudinario, de modo que es a la costumbre del lugar a la que remite en primer lugar el Código en su párrafo segundo, primando así su esencia y naturaleza tradicional; y, sólo en su defecto, o en lo que no esté previsto, se deben aplicar, de modo supletorio, las normas del régimen de comunidad.

Se caracteriza este régimen porque, dentro de esa comunidad formada, los cónyuges adquieren, según el 232-28, por mitad, de modo que se forma una comunidad universal pero no germánica, en la que “el proceso de comunicación que origina supone la configuración de cuotas patrimoniales a favor de cada cónyuge no negociables durante el matrimonio”<sup>437</sup>, sin que ningún bien adquiera el carácter de privativo.

En idéntico sentido, PUIG FERRIOL, siguiendo a ROCA SASTRE, tras afirmar que nos encontramos ante una comunidad universal pero no germánica, puntualiza que las cuotas atribuidas a cada cónyuges no son negociables durante el matrimonio, de modo que la citada comunicación de bienes opera *de iure*, de modo automático según la ley, pero con la particularidad de que el proceso de comunicación no implica transmisión de ningún tipo, de carácter recíproco, de cuotas de elementos patrimoniales entre los cónyuges, sino únicamente una

---

<sup>437</sup> PANISELLO MARTINEZ, J., *op. cit.*, pag. 348.

modificación respecto de la propiedad de todos y de cada uno de los bienes atribuidos a cada cónyuge, dado que la propiedad exclusiva de los bienes adquiridos antes o durante el matrimonio, resta integrada en el patrimonio conyugal común<sup>438</sup>.

El Código de Cataluña recoge esta particular regulación al prescribir en su artículo 232-28, párrafo 3, que son integrantes de la comunidad formada todos los bienes anteriores al matrimonio y durante el mismo, así como todo tipo de ganancias y lucros.

En cuanto a su ámbito de aplicación, a diferencia del régimen antes examinado, este sí aparece como estrictamente propio de Tortosa, por lo que únicamente los catalanes sujetos al derecho local de Tortosa podrán pactarlo<sup>439</sup>, lo que lógicamente limita considerablemente su aplicación práctica. Sin duda, este hecho ha sido tenido en cuenta cuando se ha apuntado que su inclusión en el Código responde únicamente a razones de política legislativa, pues “su existencia es bastante dudosa dado que este régimen ha caído en desuso inclusive en aquellas zonas donde tradicionalmente se pactaba”<sup>440</sup>.

Teniendo esto en cuenta, entiendo que la posibilidad de encontrar una pacto de compraventa acordado por un matrimonio sometido a este régimen se antoja, cuando menos, remota. Sin embargo, y dado que es factible y legal la posibilidad de que se produzca, se puede señalar que, dada la actual redacción del 231-15, no entiendo que pueda ponerse al mismo ninguna pega, pese a que los bienes adquiridos se rijan por el sistema de cuotas, pues lo mismo que hemos indicado para el régimen de separación de bienes podemos aplicarlo aquí: Se entenderá que los cónyuges adquieren un bien bajo un sistema particular sin que esto, al decir de VIRGILI, desnaturalice el que rige su matrimonio o suponga una modificación del mismo.

---

<sup>438</sup> PUIG I FERRIOL, L. y ROCA I TRIAS, E., *Institucions del Dret Civil de Catalunya*, Vol. II, *op.cit.*, pags. 405 y 406.

<sup>439</sup> *Ibid.*, pag. 405. Pese a que PUIG FERRIOL establece esta conclusión respecto de la regulación contenida en el Código de Familia, dado que, en lo que a este punto se refiere, nada ha cambiado siquiera la redacción del artículo, no encuentro motivo que haga dudar de la validez de tal aserto.

<sup>440</sup> Así opina PANISELLO MARTINEZ, J., *op. cit.*, pag. 349.

- Finalmente, el sexto y último régimen que encontramos en el Código Civil de Cataluña es el ***pacte de convivença o mitja guadaneyra***, que, realmente, es difícil de definir, pues, como señala PUIG FERRIOL no se sabe ciertamente si nos encontramos ante un régimen económico matrimonial, ante una comunidad de tipo familiar o ante una sociedad civil<sup>441</sup>.

Debemos entender que el Código Civil de Cataluña aclara en cierto modo este extremo cuando encuadra la *mitja guadaneyra* entre los regímenes económicos, y ordena que se acuerde en capitulaciones matrimoniales; aún así, también admite que puede otorgarse entre padres e hijos, e incluso entre extraños.

El artículo 232-29 señala meramente, en sus párrafos 3 y 4, que mediante este régimen se puede pactar que los bienes ganados y los que se ganarán queden en comunidad mientras subsista la asociación, matizando a continuación, por un lado, la obligación de los cónyuges de contribuir por partes iguales a pagar los gastos derivados del régimen y el gobierno de la casa, y por otro, el deber de dividir, cuando se disuelva el régimen, si no hay hijos, las ganancias y los aumentos.

Por lo demás, simplemente indica el 232.29, único artículo destinado a esta institución, que es una asociación propia del Valle de Arán, y que, según se ha dicho, requiere pacto expreso en capítulos matrimoniales, remitiéndose en todo lo no pactado a la costumbre de dicho lugar y al privilegio de la Querimonia, que data nada menos que de 1313.

Si de los dos anteriores regímenes hemos destacado la opinión de que se encuentran en desuso, merece la pena que citemos a PUIG FERRIOL cuando indica respecto de este *pacte de convivença o mitja guadaneyra* que ya los juristas catalanes de finales del siglo XIX y principios del XX consideraban que había desaparecido<sup>442</sup>.

Pese a que, por este motivo, considero de escaso interés dedicar

---

<sup>441</sup> PUIG I FERRIOL, L. y ROCA I TRIAS, E., *Institucions del Dret Civil de Catalunya*, Vol. II, *op.cit.*, pag. 389.

<sup>442</sup> *Ibid.*

más atención en el presente trabajo a este último régimen, si creo conveniente realizar un par de matizaciones.

En primer lugar, hay que destacar que, según indica el 232-29, la comunidad pactada por los cónyuges en capitulaciones únicamente puede estar integrada por los bienes ganados y por los que se ganarán, es decir, por los bienes adquiridos por cualquiera de los cónyuges durante la vigencia del mismo, tanto de forma onerosa como gratuita, así como sus mejoras o aumentos de valor, en este caso incluso sobre bienes privativos<sup>443</sup>.

En segundo lugar, es importante el inciso final del artículo 232-29 cuando indica que los cónyuges, en el momento de disolverse el régimen, deben dividir las ganancias y los aumentos *si no hay hijos*. Esto es así porque, en caso de que los haya, la asociación continuará con los mismos y el cónyuge supérstite, convirtiéndose pues en una asociación familiar.

Ya he dicho que, dado su carácter prácticamente de reliquia histórica, no creo que sea conveniente detenernos. Pero, pese a ello, no puedo evitar una breve reflexión. Y es que, si se diera el caso de que un matrimonio sometido a este régimen efectuara una adquisición con pacto de supervivencia, el conflicto mayor podría radicar en esta transformación de régimen económico a sociedad. Pues aquí no existiría un derecho de los herederos a participar de una masa que era común, como en los gananciales, ya disuelta y pendiente de liquidación, sino que, al ocupar su sitio en una asociación familiar, podría entenderse que no hay disolución patrimonial alguna, sino únicamente cambio de sujetos. Por ello, creo, como ya he dicho, que el pacto de supervivencia en este supuesto actuaría como norma especial y debería primar sobre el régimen general, de modo que se produciría la particularidad de que un bien concreto escaparía del régimen general y se sometería a sus propias normas, por decisión de los adquirentes.

- Como supuesto común a todos los regímenes antes descritos, el

---

<sup>443</sup> PANISELLO MARTINEZ, J., *op. cit.*, pag. 353.



Código Civil de Cataluña prevé en el artículo 231-15 que el pacto de supervivencia sea otorgado no sólo por cónyuges, sino también por “**futuros contrayentes**”. Como único requisito en este caso, el mismo artículo, en su párrafo 4, estipula que el pacto caducará si el matrimonio no se llega a celebrar en el plazo de un año, siendo el efecto de dicha caducidad, entiendo, que los adquirentes se convierten en cotitulares bajo la forma de comunidad ordinaria indivisa, según señala el 231-18, pero en ningún modo la falta de matrimonio puede entenderse que determina, de forma genérica, la falta de validez de la venta. Este hecho, perfectamente comprensible, delimita una vez más los márgenes que separan el contrato de compraventa del pacto de supervivencia, e impide que el vendedor sea perjudicado por el posterior modo de obrar de los compradores.

Supuesto distinto sería aquel en que el vendedor transmite a los compradores con pacto de supervivencia y bajo la condición de que contraigan matrimonio. En este caso, la celebración del matrimonio actuaría como condición resolutoria constituida a favor del vendedor, y su incumplimiento determinaría la restitución del bien transmitido al patrimonio del que procedía.

Sin embargo, este supuesto, perfectamente posible, no es, en puridad, propio del pacto de supervivencia: en el pacto de supervivencia el transmitente simplemente vende a los dos cónyuges, o futuros cónyuges, en este caso, y al más viviente, sin que medie ningún tipo de condicionante.

La celebración del matrimonio dentro del año siguiente, que necesariamente nos recuerda al plazo de validez de las capitulaciones matrimoniales, según establece el propio Código Civil de Cataluña en su artículo 231-19 párrafo 2, afecta únicamente a los adquirentes en cuanto a su modo de adquirir, pero no a la validez de la transmisión.

La ampliación subjetiva introducida por el legislador en el 231-15 puede ser entendida como un revulsivo a la hora de proceder a adquirir una vivienda por parejas decididas a casarse, de modo que de forma previa puedan cimentar patrimonialmente su futura convivencia.

### **1.2.3. Convivientes en pareja estable**

#### **1.2.3.1. La pareja de hecho como sujeto del pacto de supervivencia: evolución legislativa**

A la supresión de la exigencia de un régimen económico concreto hay que sumar la posibilidad de que el pacto de supervivencia se otorgue entre parejas de hecho, aspecto este que también ha cambiado radicalmente en los últimos años.

El Libro II del Código Civil de Cataluña contiene una detallada regulación sobre las uniones de hecho. Abarca desde disposiciones que versan sobre los requisitos que debe reunir una pareja para que sea considerada “convivencia estable”, hasta concretas normas relativas a regular las causas de extinción y efectos de la misma, tales como la atribución de la vivienda familiar o la determinación de la compensación económica por razón de trabajo<sup>444</sup>.

ROCA I TRIAS, aunque refiriéndose al régimen establecido por la ya derogada Ley de Uniones Estables de Parejas, destaca como principios que sirven de guía para atender a la regulación de las parejas de hecho los de seguridad jurídica, autonomía de la voluntad y evitación del enriquecimiento injusto, para acto seguido enfatizar la necesidad de

---

<sup>444</sup> DE AMUNATEGUI RODRIGUEZ, C., “Las parejas no casadas”, en *Tratado de Derecho de Familia*, dirigido por YZQUIERDO TOLSADA, M. y CUENA CASAS, M., Volumen IV, Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2011, pag. 647. Tras argumentar que una de las notas definidoras de las parejas de hecho es la búsqueda de una mayor libertad a la hora de establecer y articular la relación particular existente entre sus dos integrantes, creo que con acierto, se cuestiona la idoneidad de que el legislador, en un exceso de celo, entre a regular con detalle las normas que han de regir dicha coexistencia, pues “así, puede llegarse a al resultado no deseado de que las situaciones de convivencia sean objeto de un tratamiento jurídico del que surgen derechos y obligaciones excesivamente paralelos al matrimonio que eran, precisamente, los que se trataba de excluir”. En parecido sentido, GALLEGO DOMINGUEZ, I., “La inconstitucionalidad del art. 13 de la Ley andaluza 5/2002, de 16 de diciembre, de parejas de hecho”, *Personalidad y capacidad jurídicas*, CASADO RAIGON, R. y GALLEGO DOMINGUEZ, I. (Coords.), Tomo I, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Córdoba, Córdoba, 2005, pag.549, admitiendo que es razonable que el legislador tenga en cuenta la realidad social de las parejas de hecho, apunta que es discutible hasta dónde debe llegar en su labor.

No debemos dejar de citar, en relación con esta materia, y pese a que no afecte directamente a la normativa catalana, la reciente sentencia 93/2013 del Tribunal Constitucional, dictada a raíz de la Ley Foral 6/2000 de 3 de julio, para la igualdad jurídica de las parejas estables.

la *estabilidad* como requisito esencial de los efectos de la convivencia<sup>445</sup>. En concreto, afirmó que “l’ estabilitat” exige que “els convivents mantinguin una convivència estable per a què es produeixin els efectes previstos en la mateixa llei”<sup>446</sup>.

Esta exigencia de estabilidad, en la actual regulación del Código Civil Catalán, se plasma en las formas reconocidas por las que se puede dar lugar a una “pareja estable”, según el artículo 234-1:

- Que la convivencia dure más de dos años.
- Que durante la convivencia se tenga un hijo común.
- Que se formalice la relación en documento público.

A efectos del presente estudio, lo interesante es indagar por qué el legislador catalán ha creído necesario incluir expresamente las adquisiciones onerosas con pacto de supervivencia entre las normas que regulan las parejas estables, hasta el punto de dedicar en exclusiva a esta opción el artículo 243-3, párrafo 3. Y creo que la respuesta está en la idea de estabilidad o permanencia que define a dichas parejas, así como en el carácter familiar que el propio legislador atribuye a las adquisiciones onerosas con pacto de supervivencia en el preámbulo del Libro II<sup>447</sup>, dando a la familia el sentido amplio que el propio Tribunal Constitucional reconoció en la ya citada sentencia 222/1.992, al exponer que:

*“Nuestra constitución no ha identificado la familia a la que manda proteger con la que tiene su origen el matrimonio, conclusión que se impone no sólo en la regulación bien diferenciada de una institución y otra, sino también, junto a ello, por el mismo sentido amparador y tuitivo con que la norma fundamental considera siempre a la familia”.*

Podría pensarse, en consecuencia, más allá de las diferencias que delimitan la institución del matrimonio de la pareja de hecho, que el

---

445 ROCA I TRIAS, E., y PUIG I FERRIOL, L.: *Institucions del Dret Civil de Catalunya*, Volumen II, *op. cit.*, pags. 449 a 454.

446 *Ibid.*, pag. 453.

447 “El régimen de las adquisiciones onerosas con pacto de supervivencia se mantiene en el ámbito familiar”.

legislador catalán ha optado por atender a los conceptos de permanencia y familia como justificantes de la incorporación del pacto de supervivencia a las normas que las regulan.

Así, parece que una pareja de hecho que no cumpla los requisitos que sanciona el 234-1 no podrá incluir el pacto en ninguna adquisición que efectúe bajo los efectos del Código Civil Catalán<sup>448</sup>, que de esta forma traslada su eficacia al núcleo familiar.

Ahora bien, no podemos dudar del determinante papel que ha ejercido en esta materia la influencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña. En efecto, se antoja más que relevante la sentencia de dicho tribunal de 13 de febrero de 2003, que contiene un criterio favorable a extender los efectos de las compras con pacto de supervivencia a las parejas de hecho, en base a la interpretación extensiva del artículo 39. 1. de la Constitución efectuada por el Tribunal Constitucional, en la sentencia 222/1992.

La referida sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña dice lo siguiente:

*“...Unes compres amb pacte de supervivència es poden corregir en base al principi d'autonomia privada determinats inconvenients que pot presentar el règim econòmic matrimonial de separació de béns, en el context jurídic social i familiar que s'ha imposat després de la vigència de la Constitució, el mateix principi d'autonomia privada pot encarrilar determinats interessos patrimonials d'una unió estable de parella que s'ha perllongat durant uns vint anys per la via d'establir entre els convivents un pacte de supervivència en un contracte de compra-venda, si així es creu adient per tal de protegir uns interessos familiars”.*

Al igual que ha ocurrido con la ampliación del pacto de supervivencia a toda adquisición onerosa, se ha recogido el parecer

---

<sup>448</sup> Me refiero estrictamente al pacto de supervivencia tal y como está previsto en el Código Civil de Cataluña. Claro está que al amparo del principio de autonomía de la voluntad podrán someterse a un régimen semejante, tomando como modelo el sistema reglado.

jurisprudencial del más alto tribunal catalán, por lo que se ha introducido una importante novedad en lo que se refiere a las parejas de hecho o, como las denomina el Código, convivientes en pareja estable, mediante el citado artículo 234-3, párrafo tercero, que contempla la posibilidad de que las parejas de hecho, concepto que abarca tanto las uniones heterosexuales como homosexuales, adquieran bienes de forma onerosa con pacto de supervivencia. Dicho artículo dice así:

*Los convivientes en pareja estable pueden adquirir conjuntamente bienes con pacto de supervivencia. En este caso, se aplican los artículos 231-15 a 231-18, en materia de adquisiciones onerosas con pacto de supervivencia.*

Dado que el 234-3, párrafo 1, especifica que la convivencia de la pareja se regulará exclusivamente por los pactos que hayan otorgado, comprobamos que su marco de actuación es más amplio y variado, y sus límites menos precisos, que para los matrimonios. Esto incide de forma favorable en cuanto al otorgamiento de una adquisición con pacto de supervivencia, pues nada obsta a que produzca plenos efectos mientras dicha convivencia continúe. De hecho, el propio 234-3, párrafo 3, remite en bloque a los artículos 231-15 a 231-18, sin efectuar la menor puntualización ni excepcionar nada.

Con ello, queda normado que las parejas de hecho puedan, en las mismas condiciones que los casados o futuros casados, otorgar el pacto, resolviendo las dudas o, más bien, reticencias existentes entre la doctrina. Y es que previamente, la regulación vigente daba lugar a otras consideraciones.

Con anterioridad a la entrada en vigor del Libro II del Código Civil Catalán, de la suma del Código de Familia y la Ley de Uniones Estables de Parejas no parecía posible, en principio, que el pacto de supervivencia pudiera otorgarse válidamente entre parejas de hecho.

La doctrina, respaldándose en que la entonces vigente Ley de

Uniones Estables de Parejas fue aprobada de forma simultánea al Código de Familia, defendió que el legislador catalán tuvo la oportunidad de hacer extensibles las compras con pacto de supervivencia a las parejas de hecho, y decidió no hacerlo, ya que ninguno de los dos cuerpos legales contenía norma alguna al respecto, de modo que “únicamente los unidos mediante un vínculo matrimonial podrán ser sujetos protagonistas de la figura recogida en estos artículos del mencionado CF Catalán”<sup>449</sup>.

Tal crítica parece resuelta por el Libro II, ya que, ante una nueva oportunidad de extender el pacto de supervivencia a las parejas de hecho, esta vez el legislador sí ha creído oportuno efectuar la equiparación. Por ello, no puedo sino insistir en la reiterada evolución que han experimentado las adquisiciones onerosas con pacto de supervivencia, desde su origen hasta nuestros días.

#### **1.2.3.2. Trascendencia del cambio de sujetos en la propia sustancia del pacto de supervivencia**

La sustancial modificación legal pienso que debe ser celebrada, aunque quizás a medias.

Por un lado, resulta claramente positiva la seguridad que se aporta a aquellos convivientes que deseen incluir el pacto en las adquisiciones que efectúen. Pero, por otro, resulta que la admisión de las mismas, de nuevo, contraría el espíritu original de las compraventas con pacto de supervivencia, al introducir unos sujetos nuevos que poco tienen que ver con los originales cónyuges sometidos a la separación de bienes.

Este hecho no hace sino fundamentar mi tesis de que nos encontramos ante una institución claramente mutada y evolucionada a algo diferente, lo que según se mire puede ser interpretado como una indudable mejora, o bien como una lamentable pérdida. Pero de lo que no cabe duda es que la suma de la eliminación del requisito del régimen

---

<sup>449</sup> Así PUJOL CAPILLA, P., *op. cit.*, pags. 179 y 180.

de separación de bienes, junto con la admisión de su otorgamiento entre parejas de hecho, nos conduce, necesariamente, a considerar que estamos ante una institución jurídica distinta.

La finalidad de protección frente a las injusticias de dicho régimen económico ha desaparecido, lo que parece lógico, según ya he comentado, pues los tiempos cambian. Pero también ha desaparecido, en cierto modo, su identificación espiritual. Esta ruptura se evidencia, más que en ninguna otra cosa, en el dispar parecer general existente entre doctrina y jurisprudencia, por un lado, y texto legal, por otro. Esto puede resultar confuso, máxime cuando la moderna composición del pacto debería tender, si dependiera en exclusiva de las resoluciones judiciales y la opinión mayoritaria de la doctrina, a garantizar el automatismo en la adquisición tras el fallecimiento, pues parece que lo deseable hubiera sido configurar una transmisión garantista de la propiedad tras el fallecimiento de uno de los adquirentes con efectos instantáneos.

Sin embargo, desde que se reguló por primera vez la institución en la Compilación de Derecho Catalán, esto no ha sido nunca así, pues la exigencia de su consideración como parte del haber hereditario se ha mantenido siempre. Y no sólo se ha mantenido, sino que, con la regulación actual de las parejas estables, ha sido reforzada. Y digo que se ha reforzado porque, cuando el artículo 234-3, párrafo 3, admite que los convivientes puedan adquirir conjuntamente bienes con pacto de supervivencia, se remite en bloque a la regulación de los artículos 231-15 a 231-18. Como ya he indicado, el 231-15, en su párrafo 3, ordena que la adquisición de la participación del premuerto se compute en su herencia a los efectos del cálculo de la legítima y de la cuarta viudal, debiendo imputarse a esta por el mismo valor que tenga al producirse el fallecimiento. Y he aquí el refuerzo anunciado, pues, al contrario de lo que ocurre en el Derecho Común, en el ámbito catalán sí se reconocen derechos sucesorios al conviviente supérstite, en los mismos términos que al cónyuge viudo. Así, el artículo 452-1 sanciona lo siguiente:

*El cónyuge viudo o el conviviente en pareja estable que, con los bienes propios, los que puedan corresponderle por razón de liquidación del régimen económico matrimonial y los que el causante le atribuya por causa de muerte o en consideración a esta, no tenga recursos económicos suficientes para satisfacer sus necesidades tiene derecho a obtener en la sucesión del cónyuge o conviviente premuerto la cantidad que sea precisa para atenderlas, hasta un máximo de la cuarta parte del activo hereditario líquido.*

Es precisamente esta equiparación, expresamente recogida en los pactos de supervivencia y perfectamente adaptable a las parejas de hecho, la que ha de hacernos entender que el ánimo del legislador catalán es hacer transcurrir por el haber hereditario, en todo caso, la participación del premuerto, excluyendo además de su aplicación, con los efectos que recoge el Código, a todo sujeto que no sea integrante de un matrimonio o futuro matrimonio, o de una pareja estable de convivencia.

La construcción actual, perfectamente coherente y bien diseñada, no puede llevarnos a pensar en una conducta descuidada o irregular por parte del legislador catalán a la hora de regular esta institución, sino, antes bien, nos revela las líneas maestras que unen armoniosamente un conjunto de normas interrelacionas no por el laborioso quehacer de la doctrina, sino por la propia mano del legislador, quien con sus trazos precisos ha buscado producir un efecto jurídico concreto y querido: que en ambos casos, tanto entre matrimonios como entre parejas, el objeto del pacto tenga trascendencia en el ámbito sucesorio.

## **2. La adquisición conjunta**

El segundo requisito de los compradores es que estos han de adquirir conjuntamente. Tal exigencia implica que han de concurrir ambos en el momento de la venta, de modo que se efectúe la prestación



del consentimiento en un solo acto, manifestando su voluntad de adquirir de modo conjunto y al más viviente de ambos.

Esta manifestación puede hacerse bien de modo directo, bien a través de representante, el cual deberá contar con un poder expreso, dadas las implicaciones que entraña el pacto de supervivencia: no se trata de una adquisición ordinaria, sino que sus efectos alcanzan la posterior transmisión que tiene lugar entre los adquirentes. Se apodera para adquirir y disponer de lo adquirido a favor del otro.

En caso de que se actúe mediante representante, podría darse la situación de que uno de los cónyuges confiriera poder al otro para adquirir en su nombre. Dicho poder sería válido siempre y cuando estuviera previsto el evidente conflicto de intereses existente entre poderdante y apoderado.

Por otro lado, el pacto de supervivencia determina, como ya he apuntado y desarrollaré más adelante, la formación de una especial comunidad de corte germánico<sup>450</sup>, lo que puede generar problemas en las adquisiciones efectuadas por matrimonios casados bajo el sistema de separación de bienes o similares. Pero de esto hablaré más adelante.

### **3. Requisitos subjetivos en cuanto pacto sucesorio**

En cuanto a la consideración del pacto de supervivencia como **pacto sucesorio**, el artículo 431-4 del Libro IV del Código Civil Catalán exige que los otorgantes sean mayores de edad y gocen de plena capacidad de obrar, por lo que nada nuevo hay que añadir, ya que ambos requisitos también se predicán de la propia compraventa.

---

<sup>450</sup> PUJOL CAPILLA, *op. cit.*, pag. 175. Con notable acierto, a mi juicio, estima que el cambio de redacción introducido en el Código de Familia de 1.993 respecto de la anterior regulación, eliminando toda referencia a cuotas “tiene un claro alcance: finalizar la controversia doctrinal entre la existencia de una comunidad de tipo romano o germánico a favor de esta segunda”.

Por ello, la actual regulación, que da un paso más allá al eliminar toda referencia a la adquisición por mitades, no puede ser interpretada sino como un paso más en el camino de asentar la naturaleza germánica, o quizá mejor *cuasigermánica*, de la comunidad surgida del pacto.

La puntualización que dicho artículo efectúa a continuación sí puede resultar más interesante, ya que precisa que si uno de los otorgantes tuviera sólo la condición de favorecido y no le fuera impuesta ninguna carga, podría consentir en la medida de su capacidad natural o por medio de sus representantes legales o con la asistencia de su curador.

Tal posibilidad, sin embargo, en el caso que nos ocupa, es realmente imposible que se produzca, pues el pacto implica la carga obligada de la reciprocidad. Esta carga encuentra cabida a la luz del Artículo 431-6, que en su párrafo primero determina:

*En pacto sucesorio pueden imponerse cargas a los favorecidos, que deben figurar en el mismo expresamente. Si procede, también debe hacerse constar, si tiene carácter determinante, la finalidad que pretende alcanzarse con el otorgamiento del pacto y las obligaciones que las partes asumen a tal efecto.*

Entendido de esta forma, el pacto de supervivencia entrañaría un doble pacto sucesorio, ambos de igual contenido, de modo que en cada uno de ellos uno de los adquirentes disponga de su participación a favor del otro, con la carga de que el beneficiario efectúe a la vez igual disposición. Por ello, resulta en modo alguno factible pensar que uno de ellos puede tener únicamente la condición de favorecido sin ningún tipo de carga. Las cargas son recíprocas, al igual que la disposición, siendo esta exigencia inherente al propio pacto de supervivencia.

### **III. Criterios objetivos**

Constituyen los elementos objetivos de la compra con pacto de supervivencia la cosa objeto del contrato y el precio.

En cuanto a **la cosa**, el artículo 231-15 únicamente indica que deben adquirirse “bienes”, por lo que podrán ser objeto del pacto de supervivencia toda clase de bienes, ya sean muebles o inmuebles,

siempre y cuando, de acuerdo con los artículos 1271, 1272 y 1273 del Código Civil, estén dentro del comercio de los hombres, sean lícitos, posibles y estén determinados o sean determinables.

Si bien es cierto que, en la mayoría de los casos, la adquisición con pacto de supervivencia se configura teniendo como objeto bienes inmuebles, el legislador catalán, y en eso no se han producido modificaciones desde la Compilación, ha preferido mantener la amplitud del concepto “bienes”, dejando abierto el campo a una mayor posibilidad de operaciones dentro del tráfico jurídico. Pensemos, siguiendo a PUJOL CAPILLA, que de esta forma el pacto puede recaer sobre acciones o participaciones sociales, “joyas, objetos de arte, patrimonios o cualquier tipo de bienes que no sean *extra commercium*”<sup>451</sup>.

La cosa adquirida por la venta constituye además, en virtud del pacto de sobrevivencia, el objeto del pacto sucesorio, si así entendemos su naturaleza, siendo en consecuencia una de sus especialidades el quedar predeterminado su contenido por el objeto de la venta celebrada previamente y en la misma escritura pública.

En este sentido, el artículo 431-5 del Libro IV del Código Civil Catalán, en su párrafo primero, señala:

*En pacto sucesorio, puede ordenarse la sucesión con la misma amplitud que en testamento. Los otorgantes pueden hacer heredamientos y atribuciones particulares, incluso de usufructo universal, y sujetar las disposiciones, tanto si se hacen a favor de ellos como de terceros, a condiciones, sustituciones, fideicomisos y reversiones.*

Con ello comprobamos que no existe tampoco una restricción que aleje el pacto de supervivencia del objeto de un pacto sucesorio, de modo que en esta materia tampoco aparece obstáculo alguno para su consideración como tal.

En relación con **el precio**, el Libro II sí ha introducido un cambio

---

<sup>451</sup> PUJOL CAPILLA, P., *op. cit.*, pag. 174.

relevante. El ya derogado artículo 44 del Código de Familia determinaba, en sintonía con la anterior legislación, hasta enraizar con la Compilación, que el bien objeto de la compraventa debía ser adquirido “conjuntamente y por mitad”. Esto implicaba, por un lado, y como ya se ha dicho, que ambos cónyuges debían consentir la venta, y, por otro, que habían de hacerse cargo del precio al cincuenta por ciento.

Tal y como estaba redactada la Ley, el requisito de la adquisición por partes iguales era de obligado cumplimiento, de modo que no parecía posible una venta con pacto de supervivencia donde uno de los cónyuges adquiriera una participación indivisa del sesenta por ciento de un inmueble y el otro del cuarenta, por ejemplo. Tampoco era permisible que uno de los cónyuges se hiciera cargo en exclusiva del precio y que el bien se adquiriera por mitades, supuesto este, por otro lado y como reconocían varios autores, bastante frecuente, al menos en la primera mitad del pasado siglo.

En este sentido, O'CALLAGHAN MUÑOZ opinaba que en caso de que no se pagara por mitad, se produciría una donación en todo (si únicamente uno de los cónyuges se hacía cargo de la totalidad del precio) o en parte (si adquirirían pagando uno más que otro), y que como tal debía quedar sometida a las normas propias de las donaciones<sup>452</sup>.

Por otro lado, la exigencia de que el precio procediera forzosamente de cada uno de los cónyuges por mitades siempre ha sido, desde un punto de vista meramente práctico, difícilmente verificable. Pensemos por ejemplo en el habitual caso de que se proceda a la compra de una vivienda en escritura pública: la simple declaración de cada uno de los cónyuges de que el precio procede de su peculio particular será suficiente. A esto debe sumarse el hecho de que, por la especial naturaleza del pacto, cuyos efectos definitivos normalmente se producen años o décadas después de celebrarse la venta, sea muy difícil demostrar por parte de los posibles impugnantes la procedencia del dinero.

Algunos autores criticaron la redacción de la Compilación

---

<sup>452</sup> O'CALLAGHAN MUÑOZ, X., “Comentario a los artículos...”, *op. cit.*, pag. 110.

indicando que habría sido más adecuado “hablar de adquisición del todo por cada uno de los cónyuges con pacto de acrecimiento”<sup>453</sup>. En este sentido, el Libro II del Código Civil se ha hecho eco de tales exigencias, al requerirse únicamente en la actualidad que se adquiera el bien “conjuntamente”, sin hacer referencia a cuota alguna.

Sobre los problemas que me sugiere tal redacción ya he hablado. Sin embargo, algo más puede decirse ahora:

Si la intención del legislador al efectuar esta reforma era eliminar el requisito de que la compra se efectúe por mitad, pasando a adquirirse de un modo “global”, sin determinación de cuotas, al estilo de las adquisiciones con carácter ganancial, ¿debemos entender que la expresión “conjuntamente” implica que el precio debe ser abonado por los dos por mitad? Por referencia a la anterior regulación, donde se distinguía la adquisición “conjunta y por mitad”, parece lo lógico. Sin embargo, en la práctica pueden adquirirse, y de hecho se adquieren, bienes conjuntamente en desigual proporción. Siendo esto así, ¿debemos entender que la actual regulación está excluyendo la necesidad de justificar la procedencia del dinero por partes iguales? Del espíritu de la institución que nos ocupa, debemos responder de forma rotundamente negativa; pero si atendemos a la literalidad del artículo, teniendo en cuenta que el legislador ha creído oportuno modificar un extremo más de esta figura jurídica en extremo retocada, la respuesta puede ser susceptible de experimentar un brusco giro, dado que ya no es imperativo legal el adquirir “por mitad”.

Debemos también tener en cuenta que en este momento tampoco es requisito imprescindible la sujeción al régimen de separación de bienes, por lo que la exigencia de adquirir por partes iguales a un matrimonio que se rija por gananciales carecería de todo sentido, pues supondría tanto como obligar a los cónyuges a adquirir con bienes de procedencia privativa en todo caso.

Sin embargo, si damos la vuelta a este supuesto, y pensamos en la adquisición conjunta de un bien determinado por un matrimonio

---

<sup>453</sup> Así CABRERA HERNANDEZ, J.M., “El contrato de...”, *op. cit.*, pag. 45.

regido por la separación de bienes, la cosa adquiere un cariz muy diferente, pues, implicando dicho régimen, tanto desde el punto de vista del Código Civil, en su artículo 1437, como del Código Civil Catalán, en el 232-1, que cada uno de los cónyuges tiene la propiedad, el goce, la administración y la libre disposición de todos sus bienes, ¿cómo se entiende que puedan adquirir un bien determinado “conjuntamente”, sin atribución de cuotas?

De cara a la inscripción de estas adquisiciones en el Registro de la Propiedad, al eludirse la concreción de las cuotas en que adquiere cada miembro de un matrimonio regido por separación de bienes o participación, se producirá una situación realmente anómala, que contraría el principio de especialidad del Registro (artículos 9 de la Ley Hipotecaria y 51 y 54 del Reglamento Hipotecario). Me parece que en aras de intentar consagrar la existencia de una comunidad germánica se ha originado un posible problema, aunque debemos esperar futuros dictámenes por parte de los registradores de la propiedad para comprobar si estos recelos tienen o no fundamento, teniendo en cuenta que el Código Civil Catalán, aunque sea como excepción, regula expresamente estas adquisiciones “conjuntas”.

#### **IV. Criterios formales**

El artículo 231-15 del Código Civil de Cataluña, al igual que antes hizo el artículo 44 del Código de Familia, y aún antes el 61 de la Compilación, únicamente exige de forma imperativa que el pacto y la compraventa se recojan en el mismo título:

*Los cónyuges o futuros contrayentes que adquieran bienes conjuntamente a título oneroso **pueden pactar en el mismo título de adquisición** que, cuando cualquiera de ellos muera, el superviviente devenga titular único de la totalidad.*

La novedad de la redacción actual, tal y como se ha expuesto ya,

es que el pacto de supervivencia pasa de estar ligado exclusivamente a los contratos de compraventa a vincularse a toda adquisición onerosa.

Este cambio, que indudablemente amplía las posibilidades de celebración del pacto y lo revitaliza, fue en su día planteado por la doctrina bajo la anterior legislación. CABRERA HERNANDEZ, al cuestionarse si era posible otorgar el pacto de supervivencia junto a cualquier otro contrato oneroso distinto del de compraventa, concluyó que únicamente sería factible en el caso de la permuta, pues esta “se rige supletoriamente por las reglas de la compraventa y esta podría ser una razón para admitir su aplicación en este caso, pero la especialidad del supuesto y la taxativa declaración de la Compilación relativa a la venta, parecen vedar su aplicación en este caso a otro cualquiera; y claro es que con mayor razón ha de decirse lo mismo en el caso de adquisición lucrativa”<sup>454</sup>. Dado que el texto de la Compilación, en este punto, se mantuvo sin cambios hasta el 2010, podemos decir que tales conclusiones son válidas hasta la entrada en vigor del Libro II del Código Civil de Cataluña, momento en se opera un cambio trascendente.

Ahora bien, lo que no se ha modificado, permaneciendo igual tanto en la actual regulación como en las anteriores, es la exigencia de que el pacto se incluya en el mismo título de adquisición, ya sea compraventa o cualquier otro. Este requisito implica la exigencia legal de la unidad de acto de los dos negocios jurídicos, pues han de aparecer recogidos, necesariamente, en el mismo título. Esta unidad, si recordamos las diferentes fórmulas empleadas para redactar la compra con pacto de supervivencia, parece justificada, por cuanto la mayoría de las mismas, de un modo u otro, vinculaban en su redacción ambas operaciones. Así lo reconoció VALLET DE GOYTISOLO, al indicar que “lo más corriente es estipular el pacto dentro de la misma cláusula principal de venta”<sup>455</sup>, señalando como ejemplo fórmulas tales como *A vende a B y C, que compran por mitades y para el que sobreviva*.

---

<sup>454</sup> CABRERA HERNANDEZ, J.M., “El contrato de...”, *op. cit.*, pags. 45 y 46.

<sup>455</sup> VALLET DE GOYTISOLO, J., “Teleología y dogmática...”, *op. cit.*, pag. 9.

Claro que esta forma de redacción no era la única empleada. El mismo VALLET indica que también se empleaba la fórmula de indicar, tras la compra, que “los consortes compradores pactan o convienen expresamente entre sí, que la mitad del que premuera “pasará” (o será o acrecerá) al que sobreviva de los dos”<sup>456</sup>.

En la actualidad, cualquiera de estas dos formas de redacción sigue siendo válida, de acuerdo con la redacción del Código Civil de Cataluña, siempre y cuando se incluyan en el mismo título que la adquisición.

De la exigencia de que se incorporen a un mismo título, siguiendo a O'CALLAGHAN MUÑOZ, se deriva la lógica conclusión de que “no cabe, pues, celebrarse el pacto de sobrevivencia sobre una cosa que fue adquirida anteriormente y ya les pertenece aún siendo propiedad de los dos cónyuges (...) ni puede pactarse en relación con una cosa que aún no han adquirido o esperan comprar”<sup>457</sup>.

Es decir, que la unidad de acto requerida no tiene sólo implicaciones formales, sino también materiales en cuanto excluye la posibilidad de celebrar el pacto sobre cosas ya adquiridas o sobre adquisiciones futuras. Esta precisión, de indudable certeza, viene reforzada por la propia redacción del Código, pues exige que se pacte *en el mismo título de adquisición* que el superviviente será único propietario de la totalidad de la cosa adquirida, lo que excluye terminantemente ambas posibilidades.

El hecho de excluirse las adquisiciones futuras en modo alguno debe entenderse en el sentido de que no pueda otorgarse el pacto vinculado a una adquisición sobre un bien futuro. Es decir, los otorgantes no podrán celebrar un contrato independiente en que se acuerden los términos del pacto de supervivencia para una adquisición que tienen previsto efectuar, ya que el momento de efectuar dicho acuerdo será al celebrarse el oportuno contrato, en el mismo título de adquisición. Lo que sí podrán hacer es celebrar un contrato en el que el

---

<sup>456</sup> *Ibidem*.

<sup>457</sup> O'CALLAGHAN MUÑOZ, X., “Comentarios...”, *op. cit.*, pag. 110.



bien objeto de la adquisición sea una cosa futura, opción permitida por el artículo 1271 del Código Civil, y que en nada contraría lo establecido por el 231-15 del Código Civil de Cataluña, pues queda establecido desde entonces que el bien recibido lo será para los dos y el que de ambos sobreviva.

Dentro la unidad de acto de los negocios jurídicos celebrados, la compraventa no requiere ninguna especialidad formal: de acuerdo con el principio de libertad de forma, podría celebrarse tanto en documento público como privado, dejando a salvo lo dispuesto en el artículo 1280 del Código Civil.

Si defendiéramos la tesis unitaria, es claro que, como parte de la venta, el pacto de supervivencia quedaría sometido a las propias exigencias de aquella. Algunos autores entienden que la exigencia de la unidad de acto implica la unidad esencial del contrato. Así, se afirma que “es necesario según la ley, que en el mismo acto se determine la cosa comprada, su precio, la adquisición por mitad entre los cónyuges y el pacto de supervivencia y si se omite alguno de estos datos falta dicho contrato. Parece, pues, claro que se trata de un solo contrato y no de dos yuxtapuestos”<sup>458</sup>. En la misma línea, se puntualiza que “es esta concepción unitaria que de la compraventa con pacto de supervivencia tiene el legislador lo que obliga, desde luego, a verificar el pacto en la misma escritura de compra”<sup>459</sup>.

Pero si consideramos, partiendo de la tesis dualista, a la que me adscribo, las adquisiciones onerosas con pacto de supervivencia como una suma de dos contratos, concluiremos igualmente que ambos contratos pueden otorgarse indistintamente en documento público o privado, siempre que se mantenga la unidad de acto, dependiendo únicamente de una forma u otra su acceso al Registro de la Propiedad y, lógicamente, en consecuencia, su eficacia *erga omnes*. Esta opción es indudablemente válida si consideramos el pacto de supervivencia como

---

<sup>458</sup> CABRERA HERNANDEZ, J.M., “El contrato de compraventa...”, *op. cit.*, pag. 39.

<sup>459</sup> QUINTANA PETRUS, J.M., *op. cit.*, pags. 887 y 888.

un contrato oneroso y aleatorio<sup>460</sup>.

En cuanto a la exigencia de título, se ha opinado que tal precisión excluye la posibilidad de que se celebre el contrato de forma verbal: “Debe rechazarse la posibilidad de que pueda llevarse a cabo verbalmente, ya que el Codi de Família exige “título”, circunstancia que, creemos, exige la forma escrita y elimina la posibilidad de una formalización verbal”<sup>461</sup>. Aunque el Código de Família ha sido ya derogado por el Libro II del Código Civil de Cataluña, al mantenerse incólume su redacción en este aspecto, creo que es de plena vigencia esta apreciación.

Respecto a la posibilidad de entender el pacto de supervivencia como un pacto sucesorio, por aplicación del artículo 431-7 del Código Civil Catalán, en este caso sí se hace necesario el otorgamiento en escritura pública.

Dado que el artículo 231-15 del Código Civil de Cataluña exige que el pacto aparezca en el mismo título que la compraventa, la exigencia de la escritura pública se debe hacer extensiva necesariamente a los dos negocios jurídicos, de modo que para su perfecta validez será necesario que se otorguen en documento público.

Ahora bien, ¿qué efectos se derivarían de no hacerlo así? Entiendo que, dado que el requisito de la forma sólo es exigido en cuanto al pacto sucesorio, la venta seguiría siempre siendo válida, produciendo sus efectos, como todo contrato privado, únicamente entre los celebrantes y sus herederos. Pero el pacto sucesorio sería nulo y no produciría efecto alguno tras el fallecimiento de uno de los cónyuges. Ahora bien: ¿qué ocurriría con la comunidad formada por la compra con pacto de supervivencia, si esta no se recoge en escritura pública? Creo que hay que distinguir lo siguiente:

La comunidad surgida del pacto tiene, como finalidad primordial,

---

<sup>460</sup> En este sentido O’CALLAGHAN MUÑOZ, X, *Comentarios al Código...*, *op. cit.*, pag. 101: “Se debe partir de la *dualidad de negocios jurídicos*: no es aceptable la tesis de que el conjunto de declaraciones de voluntad, con distintas causas, puedan refundirse en un solo negocio jurídico”.

<sup>461</sup> PUJOL CAPILLA, P., *op. cit.*, pag. 187.

mantener la cosa adquirida indivisa y dentro del patrimonio de los cónyuges. Su vocación, de esta manera, es la preservación del bien adquirido, de modo que el superviviente lo haga suyo.

Aunque sus efectos se producen desde el mismo momento en que queda perfeccionada la venta con el pacto de supervivencia, dichos efectos están puestos al servicio de aquel fin.

Si pensamos así, la consecuencia es clara: de no recogerse la compra en escritura pública, el pacto es nulo y no se genera la especial comunidad surgida del mismo, de modo que los cónyuges serán propietarios en *pro indiviso* ordinario.

Cosa diferente es que en el contrato privado se establezcan normas semejantes a las surgidas del pacto de supervivencia por los cónyuges, o incluso que se remitan al mismo. Pero tales disposiciones no tendrán la vocación de preservar el bien adquirido, sino de regir la vida de la comunidad creada, de modo que no tendrán trascendencia a efectos hereditarios, debiendo llevarse la mitad indivisa del premuerto directamente a su herencia, sin que el establecimiento del pacto, en cuanto pacto sucesorio recogido en documento privado, obligue a los herederos.

## **CAPÍTULO CUARTO**

### **EFFECTOS DE LAS ADQUISICIONES ONEROSAS CON PACTO DE SUPERVIVENCIA**

Es un hecho contrastado que las hoy denominadas adquisiciones onerosas con pacto de supervivencia han experimentado, ya desde su origen bajo las vaporosas formas del derecho consuetudinario, cuando simplemente se denominaban compraventas con pacto de sobrevivencia, una relevante dualidad en sus efectos, de distinto alcance:

En primer lugar, se han pergeñado una serie de reglas, y limitaciones, de carácter transitorio y garantista, en mi opinión, que producen sus efectos *antes* de que se consuma el contrato; esto es, durante el lapso más o menos largo de tiempo en que ambos adquirentes viven y participan de la propiedad adquirida. Tales efectos tienen como objeto fundamental asegurar la circunstancia de que, cuando se produzca el fallecimiento de uno de ellos, el otro pueda convertirse en titular efectivo del pleno dominio de la totalidad de la cosa adquirida.

Este objetivo primero constituye, dado su carácter limitado en el tiempo y accesorio, una cautela necesaria para asegurar el fin auténtico del negocio, pero nunca un fin en sí mismo. Tal afirmación queda respaldada por el hecho de que cuando los adquirentes acuerdan incluir el pacto en una futura adquisición, no persiguen una regulación más precisa y restrictiva del modo en que van a ejercer la propiedad hasta que uno fallezca, sino, antes bien, aceptan someterse a esas restricciones como paso necesario y cautelar para garantizar que, más adelante, uno de ellos devenga único titular del bien adquirido con plena eficacia.

Desde este punto de vista, constituyen efectos instrumentales y serviciales, que se dan únicamente con ese carácter en un momento inicial concreto, el de la fase de indeterminación del superviviente.

En segundo lugar, tras el fallecimiento de uno de los sujetos otorgantes del pacto se abre en lógica consecuencia una fase distinta, determinante y concluyente, que determina la consumación del pacto y la eficacia propiamente dicha de esta institución: tras la muerte del primer adquirente, el otro se convierte en pleno propietario del bien, de forma exclusiva, siempre y cuando no se incurra en ninguna de las causas que puedan mermar su eficacia, como pueden ser la existencia de heredamientos o el perjuicio de los legitimarios, extremos estos, por otro lado, que han de comprobarse de forma perentoria en este momento.

Como consecuencia de todo lo dicho, el presente estudio será estructurado en función de los efectos de las adquisiciones onerosas con pacto de supervivencia correspondientes a dichas fases. Esto es: comenzaré refiriéndome a las consecuencias de su inclusión en vida de los adquirentes, y posteriormente tras el fallecimiento de uno de ellos. Esto, justo es admitirlo, no es en absoluto original, pues desde los primeros estudios a los más recientes, casi todos los autores que se han acercado a esta institución han acudido a un modelo semejante.

## **I. Efectos en vida de los adquirentes**

### **1. Consideraciones previas**

El artículo 231-15 del Código Civil de Cataluña vincula necesariamente el pacto de supervivencia con la adquisición conjunta de bienes a título oneroso. Esta vinculación, como ya he indicado, ha supuesto una considerable ampliación de los límites que enmarcaban la institución que nos ocupa, pues hasta la entrada en vigor del Libro II del citado cuerpo legal quedaba constreñida a los márgenes de las compraventas. Al menos, desde un punto de vista estrictamente legislativo, pues el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, como puso de manifiesto la ya reiterada sentencia de 17 de marzo de 2003, se mostró en su día favorable a efectuar una interpretación expansiva del

texto legal vigente entonces, admitiendo el pacto de supervivencia en todo negocio oneroso.

En este sentido, la fundamentación de dicha sentencia es clarificadora a los efectos de revelar los motivos internos de esta evolución:

*És cert que segons l'artícle 61 de la Compilació s'exigeix que el pacte de supervivència s'ha de convenir en un contracte de compra-venda, però el que cal considerar en aquests moments és si el pacte de supervivència sols es pot convenir en un contracte de compra-venda. Cal recordar ara que les compres amb pacte de supervivència són una institució d'arrel consuetudinària, circumstància que per ella mateixa posa de manifest que la seva denominació no vol traduir en termes jurídics uns conceptes que s'han d'entendre en el seu sentit vulgar i corrent, com succeeix gairebé sempre en relació amb les institucions d'arrel consuetudinària. Amb aquestes consideracions es vol posar de manifest que l'expressió compres no equival necessàriament a contracte de compr-venda en sentit jurídic i que reuneixi tots els requisits propis del contracte de compra-venda, sinó que l'expressió compres es pot referir igualment a qualsevol altre transmissió fonamentada en una causa onerosa, que el llenguatge vulgar pot assimilar a una compra-venda, perquè la compra-venda és sens dubte el prototipus del contracte trasmissiu que es fonamenta en una causa onerosa.*

Asienta el propio Tribunal su criterio al vincular la interpretación de las compras con pacto de supervivencia a la ya efectuada sobre la asociación de comprar y mejoras, ambas en su origen instituciones de carácter consuetudinario, y concluir del siguiente modo:

*Ho posa de relleu, per exemple, una altra institució catalana, també d'arrel consuetudinària, com és l'associació de compres i millores, que regula actualment els articles 61 al 63 del Còdigo de Família, respecte a la qual es precisava que l'expressió compres era equivalent a qualsevol*

*adquisició a títol onerós i, per aquest motiu, l'article CX del projecte d'Apèndix de Durán i Bas, que recollia el parer dels més acreditats tractadistes catalans de l'època del ius commune, precisava que no estaven incloses en l'expressió compres, les adquisicions de béns per institució hereditària, llegat o donació. I les mateixes consièderacions es poden fer extensives a l'hora de fixar el sentit de l'expressió compres en relació amb el pacte de supervivència, que permet fer extensiva la institució correctora d'un règim de separació absoluta de béns a l'empara del príncipe d'autonomia privada a supòsits que no reclamen una institució diferent a la que preveu la llei, en sentit exemplificatiu, però no limitatiu, pel contracte de compra-venda.*

Por tanto, postula el Tribunal, en atención a la denominación dada por la Compilación a esta institución en su artículo 61, que dicha designación procede de la naturaleza consuetudinaria de la que proviene, de modo que su traslación al texto legal no ha de entenderse ajustada a criterios técnico-jurídicos, sino más bien a la voluntad de seguir empleando su designación coloquial o histórica. Esto no parece desacertado en modo alguno, y la posterior afirmación de que la referencia a “compras” no equivale de modo necesario y técnico a la compraventa jurídica, sino que obedece antes bien al modo en que, de forma informal, se refería el grueso de la población a las adquisiciones onerosas, parece oportuna y coherente.

Entendiendo esta justificación, y celebrándola, me parece también lógico el siguiente paso dado en 2010 por el legislador catalán al modificar su denominación y actualizarla; pues, en lugar de seguir por la senda continuista, satisfactoria únicamente desde un punto de vista afectivo e histórico, pero no científico, al ser en puridad imprecisa e imperfecta, ha optado por dejar atrás dicha designación clásica en aras de un mayor rigor técnico-jurídico acudiendo al concepto “adquisición onerosa”. Con ello, se evitan nuevas suspicacias y se aclara la real naturaleza del pacto como acompañante de transmisiones onerosas, y no sólo de contratos de compraventa, lo que se antoja más que

oportuno, máxime si tenemos en cuenta el calado real de la reforma que en materia civil se está efectuando en esta Comunidad Autónoma.

No haber procedido de este modo podría haber reabierto en un futuro la discusión sobre si otros contratos son susceptibles o no de ir acompañados del pacto, pues, ante un nuevo texto legal, el mantenimiento de la antigua designación podría dar lugar a cuestionar la auténtica voluntad del legislador, quien, al tener la efectiva potestad de modificarla, no lo hizo.

En definitiva: El razonamiento que parece bueno para justificar la primera inclusión de esta institución en un texto legal bajo su denominación común, manteniendo así su vinculación con la calificación que hasta entonces se había empleado, no parece suficiente ni apropiado cincuenta años más tarde, teniendo en cuenta tanto su desarrollo jurisprudencial como criterios de rigor jurídico. Por ello, esta notable modificación, que afecta a la denominación misma de nuestra figura jurídica con notable repercusión en su contenido, me parece sobradamente justificada y realmente favorable.

La nueva redacción proporcionada por el Libro II del Código Civil de Cataluña no se ha limitado a sustituir el sustantivo “compraventa” por “adquisiciones onerosas”. Continuando con lo dicho hasta aquí, el artículo 231-15, que sustituye al 44 del antiguo Código de Familia, en su párrafo primero, define el concepto de adquisición onerosa con pacto de supervivencia, al indicar que *los cónyuges o futuros contrayentes que adquieran bienes conjuntamente a título oneroso pueden pactar en el mismo título de adquisición que, cuando cualquiera de ellos muera, el superviviente devenga titular único de la totalidad.*

Tal enunciación ha modificado significativamente la fijada en el citado artículo 44 del Código de Familia, que sancionaba: *Los cónyuges que, en régimen económico de separación, compren bienes conjuntamente y por mitad pueden pactar en el mismo título de adquisición que, cuando se produzca el fallecimiento de cualquiera de ellos, el sobreviviente resulte único titular de la totalidad.*



Como vemos, se ha prescindido de la referencia al régimen económico y a la adquisición por mitad; se han sustituido los verbos “comprar” y “resultar” por “adquirir” y “devenir”; y se han añadido “los futuros contrayentes”. No pocos cambios, y desde luego no intrascendentes.

Dado que de la pérdida del requisito de pertenecer a un régimen económico matrimonial concreto ya he hablado (y volveré a hacerlo más adelante, en este mismo capítulo), me centraré ahora en los otros aspectos que configuran los efectos de este contrato en vida de los otorgantes.

## **2. Concepto de “adquisición onerosa de bienes”. Su delimitación**

### **2.1. Vinculación entre el pacto de supervivencia y la adquisición del dominio**

Que el pacto de supervivencia ha tenido, desde su origen, la finalidad de acompañar a la compraventa en cuanto negocio jurídico traslativo del dominio, es algo sobre lo que no parecen existir muchas dudas. En efecto, según hemos visto, su fin preciso ha consistido en vincular **la propiedad**, y no otro derecho cualquiera, adquirida por los cónyuges al que de ellos sobreviva. Así lo dio a conocer VALLET DE GOYTISOLO, al destacar que era práctica general el incluir en las escrituras de compraventa cláusulas como: “Compan por mitades indivisas y en su totalidad para el sobreviviente la plena propiedad de la siguiente finca”<sup>462</sup>.

VALLET, en los trabajos que dedicó al estudio del pacto de supervivencia, siempre se refirió a la adquisición efectuada como “adquisición del dominio”, no de otros derechos reales. También VIRGILI SORRIBES y CALVO SORIANO la entendieron de esta forma, según se desprende de frases como: “Los compradores estipulan que el

---

<sup>462</sup> VALLET DE GOYTISOLO, J.B., “La compraventa por mitades...”, *op. cit.*, pag. 709.

sobreviviente será dueño absoluto de la finca comprada”<sup>463</sup>, y “Don A vende perpetuamente a los consortes don B y doña C., que compran por mitades indivisas y en su totalidad para el que sobreviva de estos, la propiedad del inmueble siguiente”<sup>464</sup>.

Esta dimensión dominical ha sido mantenida por los diferentes autores que han estudiado esta institución a lo largo del tiempo. Así O’CALLAGHAN MUÑOZ, cuando afirma que “por razón del pacto de sobrevivencia, la titularidad compartida del derecho de propiedad se convierte en titularidad exclusiva”<sup>465</sup>; ROCA SASTRE, al destacar que “los dos cónyuges *quedan dueños del bien adquirido*, por mitades indivisas entre ellos”<sup>466</sup>, y que tras el fallecimiento de uno “*la mitad indivisa correspondiente al premuerto hace tránsito al cónyuge supérstite*, por cuya razón este último *queda dueño de la totalidad* del referido bien comprado por mitades indivisas entre ellos”<sup>467</sup>; o PUIG FERRIOL – ROCA TRIAS, quienes al definir esta institución resaltan que “aquell que sobrevisqui adquireix la propietat exclusiva de la totalitat dels béns adquirits amb aquest pacte”<sup>468</sup>.

Por ello, entiendo que cuando el artículo 231-15 habla de “adquisición conjunta de bienes”, esta expresión ha de interpretarse continuando con la tradición expuesta, de modo que el verbo “**adquirir**” mantiene el sentido de adueñarse o hacerse propietario, esto es, de *recepción de la propiedad*, y no de otro derecho, sobre la cosa objeto del contrato.

En este sentido, entiendo que ha de rechazarse la posibilidad de que el pacto de supervivencia acompañe a la constitución de cualquier derecho real limitativo del dominio, tales como el usufructo, el arrendamiento o las servidumbres. Ninguno de estos derechos transfieren la propiedad, sino que, de un modo más o menos extenso, la

---

<sup>463</sup> VIRGILI SORRIBES, F., *op. cit.*, pag. 336.

<sup>464</sup> CALVO SORIANO, A., *op. cit.*, pag.362.

<sup>465</sup> O’CALLAGHAN MUÑOZ, X., *Comenarios al Código Civil...*, *op. cit.*, pag. 108.

<sup>466</sup> ROCA SASTRE, R.M., *op. cit.*, pag. 479.

<sup>467</sup> *Ibid.*, pag. 480.

<sup>468</sup> PUIG I FERRIOL, L. y ROCA I TRIAS, E., *Institucions del Dret Civil de Catalunya*, Volum II, *op. cit.*, pag.356.

gravan o limitan, incluso de forma temporal, por lo que no son susceptibles de casar con la noción raíz del pacto de supervivencia, que es sujetar la propiedad al superviviente<sup>469</sup>.

Caso quizá más controvertido puede ser el de la inclusión del pacto de supervivencia en el **contrato de mutuo o simple préstamo**.

El Código Civil, en su artículo 1753, precisa que el que recibe dinero u otra cosa fungible, adquiere *su propiedad*. Esto no es objeto de discusión<sup>470</sup>. Es decir: la propiedad hace efectivo tránsito de un sujeto a otro diferente.

En este caso, no creo que deba pensarse en la utilidad de que se emplee el pacto entre los prestamistas, de modo que el prestatario quede obligado a devolver la cantidad prestada a ambos mientras vivan, y, caso de fallecer uno de ellos, sólo al superviviente la totalidad del resto de la deuda, y no a sus herederos. Tal planteamiento, a mi juicio, no entraría dentro del tipo prescrito por el 231-15, pues al indicarse que quienes pueden acordar el pacto son quienes adquieren bienes (en este caso, los prestatarios o receptores del dinero), se está excluyendo a los prestamistas, titulares como consecuencia de esa adquisición de un derecho de crédito. Ahora bien, teniendo en cuenta lo que más adelante expongo sobre la posibilidad que se emplee el pacto no sólo sobre cosas, sino también sobre derechos, no me atrevo a afirmar esto con rotundidad, pues podríamos interpretar, a la inversa, que los prestatarios reciben un derecho a través del mutuo, y que de este modo adquieren un derecho de crédito del que puedan ser titulares ambos y el más viviente.

La segunda posibilidad es plantear el pacto entre los prestamistas. Rápidamente nos damos cuenta de que, desde un punto

---

<sup>469</sup> Aunque sea innecesario decirlo por lo ya expuesto, en el caso de algunos derechos reales, como el usufructo y la habitación, el hecho de que puedan recibirse con carácter sucesivo entre sus titulares hace en todo punto innecesario acudir a una institución tan compleja como el pacto de supervivencia, ya que puede conseguirse un efecto parecido de un modo mucho más simple y directo.

<sup>470</sup> Por todos: LACRUZ BERDEJO, J. L., RIVERO HERNANDEZ, F., y otros, *Elementos de Derecho Civil, Derecho de Obligaciones*, Tomo II, Vol. II, *op. cit.*, pag. 170: “El mutuo supone la transmisión de la propiedad de la cosa mutuada; el prestatario se hace dueño de ella en el momento de recibirla”.

de vista práctico, no parece tener mucho sentido. Y es que, aunque entre los prestatarios pudiera resultar en algún caso beneficioso que el superviviente se convirtiera en titular único de la cantidad de dinero prestada (especialmente si no se ha acordado el pago de intereses), también devendría titular único de la obligación de restituir dicha cantidad, lo que raramente puede convenir al prestamista, que realmente no haría sino perder la oportunidad de ampliar su derecho de crédito frente a los herederos del fallecido.

Ahora bien, en el hipotético caso de que un prestamista accediera a algo así, entiendo que este tipo de adquisición aparentemente podría cumplir los requisitos del pacto y verse sometida al mismo; pero la realidad, a mi juicio, es muy diferente, pues realmente pienso que teleológicamente el pacto de supervivencia se aleja tanto del mutuo que tal posibilidad no debe sino ser rechazada. Y es que, si bien el 1753 del Código Civil indica que quien recibe a préstamo adquiere la propiedad de lo prestado, también es cierto que establece que dicha adquisición va unida a la obligación de devolver otro tanto al acreedor de la misma especie y cantidad, y esta obligación es la que en absoluto se ajusta al espíritu y fin del 231-15, que lo que persigue, como hemos reiterado, es que el sobreviviente devenga único titular del bien, pero de forma permanente. Esta idea de permanencia en la propiedad es la que, a mi juicio, excluye la posibilidad de someter el mutuo al pacto de supervivencia.

## **2.2. Objeto de la adquisición**

El objeto de la adquisición onerosa, de conformidad con el artículo 231-15, debe estar constituido por **bienes**.

El concepto jurídico de “bien” a que se refiere dicho artículo lo encontramos en el propio Código Civil Catalán, pues en su Libro V el artículo 511-1 del Libro V precisa que *se consideran bienes las cosas y los derechos patrimoniales*, destacando a continuación, en el párrafo 2, que *se consideran cosas los objetos corporales susceptibles de*

*apropiación, así como las energías, en la medida en que lo permita su naturaleza, pero no los animales, que no se consideran cosas*<sup>471</sup>.

Esta concepción amplia del concepto “bien” no entra en conflicto con la clásica del Código Civil, *todas las cosas que son o pueden ser objeto de apropiación se consideran como bienes muebles o inmuebles*, si tenemos en cuenta que el artículo 336 contiene una relación de “derechos patrimoniales” que tienen la consideración de bienes muebles.

Por lo tanto, y con la salvedad de los animales, puede pensarse, en principio, que el ámbito de aplicación del pacto de supervivencia alcanza tanto a bienes materiales como a derechos patrimoniales. Mantenido ya por la doctrina, esta interpretación resulta perfectamente válida en relación con la regulación actual, ya que “el término <<bienes>> no va acompañado de ningún adjetivo que nos especifique a qué tipo de bienes o cosas se está refiriendo, luego puede ser cualquier cosa no prohibida por la ley, incluso derechos. Por tanto se deberá aplicar los requisitos generales de la cosa para que pueda ser objeto de una compraventa, es decir: existencia real o posible, licitud y determinación o determinabilidad de la misma”<sup>472</sup>.

En mi opinión, pese a tal posibilidad lo usual será que el pacto de supervivencia se utilice al modo clásico, esto es, en la adquisición de inmuebles; sin embargo, el panorama legal que nos depara el Libro II sin duda permite que cualquier “bien”, en su sentido más amplio, sea susceptible de transmitirse junto con el pacto de supervivencia; así, por ejemplo, acciones o participaciones, rentas o pensiones, los contratos sobre servicios públicos, las concesiones administrativas de obras públicas, o, pese a que esto me parece más discutible, las servidumbres y demás derechos reales sobre bienes inmuebles.

---

<sup>471</sup> El Decreto Legislativo 2/2008, de 15 de abril, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley de protección de los animales, define a estos en su artículo 2.2. como *seres vivos dotados de sensibilidad física y psíquica, así como de movimiento voluntario, y deben recibir el trato que, atendiendo básicamente a sus necesidades etológicas, procure su bienestar*.

<sup>472</sup> PUJOL CAPILLA, P., *op. cit.*, pag. 173. Pese a que se refiere al antiguo artículo 44 del Código de Familia, su opinión resulta perfectamente válida de conformidad con el texto vigente.

Entiendo, tras todo lo dicho, que el legislador catalán, a la hora de legislar sobre la compraventa con pacto de supervivencia, decidió trascender el caso clásico de vinculación del pacto a las compras de inmuebles, dando así mayor agilidad y amplitud a su uso. Se ha precisado por la doctrina que “la elasticidad legal que imprime la norma nos permite poder incluir como objeto de la compraventa cosas que nada tienen que ver con el inmueble, domicilio conyugal de los contratantes, pudiendo establecerse el pacto en distintos objetos, tales como: joyas, obras de arte, medios de transporte, patrimonios o cualquier tipo de bienes que no sean *extra commercium*”<sup>473</sup>.

Ahora bien, volvamos a la particularidad catalana de la precisión de que *los animales* no son cosas, de modo que quedan fuera de la definición jurídica de “bien” acuñada por su Código Civil. En este caso, cabría preguntarse si pueden ser objeto de una adquisición con pacto de supervivencia.

Dado que todavía no se encuentra regulado el libro correspondiente a los contratos en el Código Civil de Cataluña, debemos remitirnos a las disposiciones del Código Civil. En este sentido, el artículo 1271 indica que pueden ser objeto del contrato todas *las cosas que no están fuera del comercio de los hombres, aun las futuras*. Entiendo que por “cosa” tenemos que atender al significado dado por el Código Civil común, no el Catalán, como todo aquello susceptible de apropiación, y no el concepto más restringido de texto catalán, que excluye a los animales.

Siendo esto así, vemos que los animales pueden ser objeto de un contrato, digamos que de compraventa. Ahora bien, a la hora de incluir el pacto de supervivencia, figura típica y jurídicamente catalana, sí hay que atender a la regulación propia de su Código Civil. Y en este sentido yo entiendo que los animales no pueden adquirirse con pacto de supervivencia, ya que el 231-15 se refiere a “bienes”, sin incluir a los animales, que escapan del concepto jurídico de “cosa”, y por ello del concepto de “bien”, de acuerdo con lo que recoge este cuerpo legal.

---

<sup>473</sup> PUJOL CAPILLA, P., *op. cit.*, pag. 174.

Esta precisión, que puede parecer un poco peregrina, puede tener cierta importancia, sobre todo si pensamos en animales con pedigrí, por ejemplo, o caballos de carreras, cuyo valor puede ser muy elevado. Con la regulación actual, se priva a los cónyuges de, digamos, adquirir un caballo de carreras, por una elevada suma, con pacto de supervivencia, de modo que en todo caso habrá de concurrir directamente al haber hereditario para su cómputo.

Tras todo lo dicho, y volviendo al concepto jurídico de “bien”, la concepción “amplia” de dicho término puede requerir un cierto acotamiento, máxime si tenemos en cuenta que el 231-15 habla en todo momento de “adquirir bienes”. En este sentido, la doctrina científica ha efectuado una importante delimitación a la hora de concretar el contenido del derecho de propiedad, que en precisión se ciñe únicamente a los bienes materiales.

Siguiendo el parecer de la doctrina, pese a que el objeto del dominio, en el lenguaje coloquial, y aún en el de algunos jurisconsultos, otorgue a la noción de la propiedad la “tenencia ilimitada de cosas o derechos”<sup>474</sup>, “en su sentido más técnico, sólo son objeto de la propiedad las cosas del mundo exterior, apropiables y específicamente determinadas”<sup>475</sup>.

Dado que son muchos los cambios que se han ido introduciendo a lo largo de los años en la institución que nos ocupa, y especialmente tras la última reforma, pienso que, pese al concepto genérico de bien dado en el Libro V, si el legislador Catalán hubiera querido ampliar el campo del objeto del pacto de supervivencia a los derechos podría haberlo hecho de un modo categórico, igual que ha ampliado el título previo que pueda dar cobertura a dicho pacto. Pero no ha sido así. Históricamente, según hemos visto, el pacto de supervivencia ha acompañado a la adquisición de bienes, y más concretamente, a la compra de bienes inmuebles.

---

<sup>474</sup> Así CASTAN TOBEÑAS, J., *Derecho Civil Español, Común y Foral, Derecho de Cosas*, Tomo Segundo, Volumen Primero, Reus, S.A., Madrid, 1.971, pag.117.

<sup>475</sup> *Ibid.*, pag.118.

La propia regulación del Código Civil de Cataluña parece respaldar la anterior afirmación, como se desprende de las reglas que deben regir a los cónyuges tras la adquisición, relacionadas en el artículo 231-15, párrafo 2; de las previsiones para el caso de embargo y concurso del 231-17, y hasta de las consecuencias para caso de ineficacia y extinción del pacto del artículo 231-18, párrafo 2.

De todo ello se trasluce que en la mente del legislador ha dominado la idea matriz de que el pacto va aparejado a la adquisición de bienes, pero no derechos; hecho este que refuerza el pasado histórico de esta institución.

No obstante, no podemos negar que, dada la cascada evolutiva de cambios que se han ido introduciendo por el legislador catalán, la delimitación del término “bien” no está, ni mucho menos, establecida. La falta de desarrollo doctrinal, toda vez que la delimitación de este concepto no ha sido objeto de su atención, pese a la evidente trascendencia práctica que puede alcanzar, así como jurisprudencial, es evidente; y mucho me temo que hasta que el paso del tiempo no suscite pleitos sobre este extremo, este asunto no será resuelto.

De momento, y a los efectos de este trabajo, aunque mi intuición es que las adquisiciones onerosas con pacto de supervivencia están reguladas con la intención de que únicamente rijan en cuanto transmisión del derecho de propiedad sobre bienes muebles o inmuebles, lo cierto es que la posibilidad de su vinculación a otros derechos será considerada por cuanto el marco legal parece permitirlo.

### **2.3. Negocios válidos como título de adquisición onerosa**

Acotado, pues, aunque con las inseguridades manifestadas, el objeto de la adquisición que da lugar a la institución que no ocupa, podemos ahora preguntarnos qué tipo de **negocios onerosos** pueden acompañarse del pacto de supervivencia.

La ampliación del negocio jurídico al que se ha unido el pacto de supervivencia, sustituyendo la compraventa por las adquisiciones



onerosas, nos sitúa en plano de estudio nuevo, diferente al que habitualmente se ha abordado por los estudios doctrinales. Esto es lógico, pues los límites precisos y cerrados de la compraventa se han visto desbordados por la indudablemente más amplia nueva categoría. No obstante, la característica común de *onerosidad* impuesta por el Código Civil de Cataluña a todos los negocios jurídicos generadores del pacto de supervivencia, junto con la exigencia antes expuesta de que tales negocios sirvan para transmitir de modo efectivo *el dominio*, nos puede permitir hablar de una cierta homogeneidad dentro de los mismos.

Previamente a la entrada en vigor el Libro II del Código Civil de Cataluña, ya se había planteado la posibilidad de ampliar los estrictos límites de la compraventa a otros negocios jurídicos. Como hemos visto, el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña se pronunció de modo favorable al efectuar una interpretación extensiva, y entre la doctrina la cuestión tampoco supuso una novedad. Ya CALVO SORIANO se planteó la posibilidad de que el pacto de supervivencia fuera admisible junto a otros negocios onerosos desde el mismo título de su trabajo<sup>476</sup>, como bien nos recuerda MEZQUITA DEL CACHO<sup>477</sup>.

Posteriormente, PUJOL CAPILLA, a raíz de este tema, en un principio no se mostró partidaria de aceptar la ampliación de los límites más allá de la compraventa<sup>478</sup>, pero tras citar una serie de negocios asimilables, tales como el contrato de edificación por tercero, la permuta de solar de presente por edificación futura, la dación en pago de un bien por tercero en pago de un crédito común de los consortes y la constitución de sociedad<sup>479</sup>, concluyó que “parece inadecuada una interpretación absolutamente restrictiva del precepto de la codificación

---

<sup>476</sup> CALVO SORIANO, A., *op. cit.*

<sup>477</sup> MEZQUITA DEL CACHO, J.L., “Las adquisiciones conyugales con pacto de supervivencia como fórmula aleatoria en la formación del patrimonio familiar”, *Fundamentos e Instituciones del Derecho de Cataluña*, Revista La Notaria - Marcial Pons, 2.008, Barcelona, pag. 899.

<sup>478</sup> PUJOL CAPILLA, P., *op. cit.*, pag. 167: “A nuestro juicio y estimando los efectos que produce la positivación de normas, no creemos que puedan existir otros negocios jurídicos traslativos del dominio que sean encuadrables, *a priori*, dentro del marco establecido por la norma”.

<sup>479</sup> *Ibid*, pags. 168 y 169.

catalana”<sup>480</sup>.

Y es que, al sentir de esta autora, la “preferencia por un tipo contractual en exclusiva nunca ha tenido el reconocimiento de principio”<sup>481</sup>, precisando a continuación, al hilo de la citada sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 17 de marzo de 2003, que su origen consuetudinario no debe ser suficiente para justificar una interpretación restrictiva, toda vez que la situación económico-social de Cataluña en el momento en que el pacto comienza a ser aplicado con cierta asiduidad en los despachos notariales ha variado notablemente con el paso del tiempo, de modo que determinados negocios y operaciones jurídicas, antes prácticamente inexistentes, a día de hoy tienen una aplicación relativamente usual, tal como puede ocurrir con las “daciones en pago, aportaciones societarias, permutas de suelo por construcción de viviendas”<sup>482</sup>.

Más categórico y restrictivo que PUJOL CAPILLA se mostró previamente ROCA SASTRE, para quien era claro que “de la propia Compilación resulta que el pacto de sobrevivencia solamente es adaptable al contrato de compraventa, mas no a otro tipo de contratos de finalidad traslativa, como la permuta o la adjudicación en pago”<sup>483</sup>.

De la misma opinión fue CABRERA HERNANDEZ, quien, tras dudar sobre su aplicación a la permuta, por regirse de modo supletorio por las reglas de la compraventa, concluyó que “la especialidad del supuesto y la taxativa declaración de la Compilación relativa a la venta, parecen vedar su aplicación en este caso a otro cualquiera”<sup>484</sup>. E igualmente LALINDE ABADIA, para quien “el pacto recae solamente sobre un tipo de operación, que es el de compra (...). Cualquier otro tipo de adquisición, aunque sea onerosa, como la permuta, hay que excluirlo de estos pactos”<sup>485</sup>.

En contraposición a estos autores, y con más rotundidad,

---

<sup>480</sup> *Ibid.*, pag. 169.

<sup>481</sup> *Ibidem.*

<sup>482</sup> *Ibidem.*

<sup>483</sup> ROCA SASTRE, R.M., *op. cit.*, pag. 477.

<sup>484</sup> CABRERA HERNANDEZ, J.M., *op. cit.*, pag. 46.

<sup>485</sup> LALINDE ABADIA, J., *op. cit.*, pag. 347.

MEZQUITA DEL CACHO, antes de la entrada en vigor del Libro II del Código Civil de Cataluña, y haciéndose eco de la doctrina del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña ya estudiada, no sólo se manifestó partidario de admitir otros tipos adquisitivos como vehículos válidos para incluir el pacto de supervivencia, sino que realizó una enumeración de aquellos supuestos de adquisición de bienes<sup>486</sup> que, a su juicio, eran favorables para incluirlo: “Aunque en su origen consuetudinario la figura que nos ocupa se manifestase tan sólo en compras, ello carece de razón para provocar una exclusión legal de otros tipos adquisitivos como base. En mi opinión, son varios los supuestos de adquisición de bienes que aparte de la compraventa presentan adecuación para adicionarles el pacto de sobrevivencia”<sup>487</sup>.

Todo ello demuestra la diversidad de apreciaciones de que ha sido objeto esta institución desde su origen. A día de hoy, sin embargo, la regulación del Libro II del Código Civil Catalán ha supuesto un verdadero punto y final a este debate, pues de un modo claro, directo e inequívoco ha resuelto la cuestión, actuando como verdadero referente clarificador. Esto, sin duda, es de agradecer, pues en este caso concreto el legislador catalán, a través de la modificación de la denominación de la institución que estudiamos, ha dejado claro su criterio, evitándose así cualquier discusión en este sentido y proporcionando una mayor seguridad jurídica a los adquirentes actuales y futuros, al menos en cuanto a todo lo que se refiere a la validez de la variedad de títulos de adquisición, siempre y cuando esta sea onerosa.

Ahora bien, a fin de profundizar en la repercusión del cambio de denominación experimentado, con la consecuente ampliación de negocios válidos para acoplarse al pacto de supervivencia, pienso que puede resultar pertinente elaborar, aunque sea de un modo enunciativo y sin ánimo exhaustivo, un posible catálogo de aquellas adquisiciones

---

<sup>486</sup> MEZQUITA DEL CACHO, J.L., *op. cit.*, pags. 899 y 900.

<sup>487</sup> *Ibid.*, pag. 899.

onerosas válidas para dicha inclusión<sup>488</sup>.

Dado que el pacto de supervivencia ha estado históricamente vinculado a un contrato en concreto, podríamos decir incluso que en exclusiva, forzoso es comenzar nuestro estudio por el mismo: la compraventa.

### **2.3.1. Contrato de Compraventa**

#### **2.3.1.1. Antecedentes históricos y evolución**

Desde sus mismos orígenes, al menos desde sus orígenes rastreables, el pacto de supervivencia ha estado vinculado al contrato de compraventa.

Esta afirmación quizá obedezca simplemente a ese carácter prototípico que tiene la compraventa como contrato oneroso, a su mayor reconocimiento y afianzamiento entre la gente, de modo que el origen consuetudinario de esta institución pueda justificar su original denominación, apegada a tal contrato. Ahora bien, lo cierto es que, durante mucho tiempo, los autores que estudiaron el pacto de compraventa defendieron la exclusividad de su unión con la compraventa, excluyendo expresamente otros tipos contractuales.

Si tomamos como punto de partida de esta cuestión, como parece lógico, los primeros estudios doctrinales efectuados sobre la institución que nos ocupa, veremos que a ninguno de los autores “originales” les inquietó especialmente la cuestión del negocio jurídico al que iba unido el pacto de supervivencia, dando por sentado que este sería exclusivamente la compraventa, pero sin creer necesario justificarlo.

Así, VALLET DE GOYTISOLO, a lo largo de los tres trabajos citados y examinados en el presente, se refiere sin vacilar al vendedor, el comprador, la compra, o el precio de la venta, sin poner en duda en

---

<sup>488</sup> A este fin, creo que lo más oportuno y justo es remitirnos al citado trabajo de MEZQUITA DEL CACHO, en el que se preocupó de elaborar una enunciación de posibles negocios válidos para vincular el pacto. Reconociendo el formidable punto de partida que representa esta relación, mi propuesta es ahondar en ella, a fin de efectuar el estudio más completo posible.

ningún momento que el negocio válido para acompañar al pacto fuera el que ahora estudiamos.

En este sentido, y por citar un ejemplo, cuando en *Teleología y Dogmática de la compraventa con pacto de sobrevivencia* desarrolla su “versión cinematográfica”, no duda en referirse exclusivamente a la *compraventa*, definida por sus sujetos comprador y vendedor. Esta es una constante a lo largo del resto de su obra.

En VIRGILI SORRIBES, igualmente, tampoco hallamos rastro de duda sobre la exclusividad de la unión del pacto al contrato de compraventa.

El único que se aparta de lo dicho y que, en cierto modo, aventuró el cambio de rumbo actual, fue CALVO SORIANO, al menos nominalmente, cuando en su trabajo se refiere de entrada a “adquisiciones onerosas”, aunque luego no ahonda realmente en la repercusión de esta denominación. Este dato es curioso, pues aunque su trabajo se titula *Adquisiciones con Pacto de Supervivencia*, y en varios momentos se refiere a las mismas, sin embargo, en ningún momento justifica esta elección, ni profundiza en las posibles repercusiones de tal elección.

Tras estos autores pioneros, una vez se produce la entrada en vigor de la Compilación, sí encontramos con mayor facilidad referencias directas a la compraventa como contrato unido al pacto, aunque sea simplemente para señalar la ausencia de rasgos extraordinarios en la misma.

O'CALLAGHAN MUÑOZ, a modo de ejemplo, afirmó que “el vendedor declara su voluntad de vender sobre un objeto posible, lícito y determinado; los destinatarios de su declaración de voluntad son los cónyuges, los cuales declaran al vendedor su voluntad de comprar el objeto propuesto pagando el precio exigido: coincidentes las declaraciones, existe el consentimiento que recae sobre un objeto (elementos del art. 1254 del C. c.) cuya causa es el cambio de cosa por precio (1261, 3º, del C. c.), por lo cual este negocio jurídico es calificado de compraventa ordinaria, con aplicación de los artículos 1445 y

siguientes del Código civil”<sup>489</sup>.

En general, los estudios previos a la entrada en vigor del Libro II del Código Civil Catalán se detienen más en pronunciarse a favor o en contra de la ampliación del pacto a otros negocios jurídicos<sup>490</sup>, que a efectuar un estudio detallado de la compraventa<sup>491</sup>. Esto parece más que lógico, pues, más allá de los efectos concretos que el pacto produce *tras* la celebración del contrato, tanto en vida de los adquirentes como una vez producido el fallecimiento de uno de ellos, la compraventa en sí no presenta aparentemente particularidad alguna que modifique sus reglas generales.

Ahora bien, esta afirmación no quita que, en relación con aspectos concretos del propio contrato de compraventa, el pacto sí condicione restrictivamente determinados aspectos fundamentales del mismo. Sin ir más lejos, antes de la entrada en vigor del Libro II, el pacto limitaba los sujetos intervinientes, reduciendo el comprador a aquellos matrimonios regidos por el sistema de separación de bienes o participación, o bien a parejas de hecho, según el momento histórico, la legislación vigente y la interpretación jurisprudencial.

También se limitó el objeto, pues la orden de que la compra se efectuara por mitad hacía necesario adquirir en esta proporción, determinando que cada cónyuge adquiriría una mitad indivisa, y pagaba forzosamente una parte igual del precio.

De estas limitaciones iniciales, en la actualidad ninguna de ellos se ha suprimido, aunque sí han quedado atenuadas: la sujeción a un determinado régimen económico, ha desaparecido, aunque se ha mantenido la exigencia de que la adquisición se efectúe por matrimonios o parejas de hecho, y se ha añadido la posibilidad de que se celebre por futuros contrayentes.

En cuanto al modo de adquirir, la especificación de la adquisición “por mitad” se ha sustituido por “conjuntamente”; esto no deja de

---

<sup>489</sup> O’CALLAGHAN MUÑOZ, X., *Comentarios al Código Civil...*, *op. cit.*, pag. 103.

<sup>490</sup> Véase por todos ROCA SASTRE, “Las compras con pacto de sobrevivencia”, *op. cit.*, pag. 477.

<sup>491</sup> La más notable excepción la presenta el ya citado trabajo de PUJOL CAPILLA, en el sentido que más adelante desarrollo.

condicionar el modo de recibir la propiedad, aunque en un sentido ligeramente distinto, así como de pagar el precio por partes iguales.

En definitiva: dentro del marco establecido por el Código Civil Catalán, la compraventa se aplica respetando sus propios márgenes, pero estrechados en función de la institución que estudiamos, de modo es necesario que los sujetos compradores sean matrimonio, o bien pareja de hecho, y que adquieran de modo conjunto.

La trascendencia en contrario de este hecho excluye a otros compradores (pareja de hermanos o persona jurídica, por ejemplo), así como otras posibles formas de adquisición (por ejemplo, nuda propiedad y usufructo, o adquisiciones en un porcentaje desigual).

En definitiva, se trata sin duda de una compraventa, pero “limitada” en sus márgenes objetivo y subjetivo por el pacto de supervivencia.

A modo de breve inciso, no puedo dejar de destacar lo curioso que resulta descubrir el hecho de que, tras la destacable evolución sufrida a lo largo del tiempo por el articulado referido a la compraventa con pacto de supervivencia, el texto actual tiene más en común con el del Proyecto de 1959 que con cualquier otro. Efectivamente, en aquél el artículo 103 consagraba que *los cónyuges que comprenden bienes conjuntamente, podrán pactar entre sí, en el propio título de adquisición, que al fallecimiento de uno de ellos quede del sobreviviente la totalidad*.

Es extraordinaria la semejanza del mismo con el del actual artículo 231-15, incluso desde un punto de vista meramente formal, pues la estructura de la frase es ciertamente la misma:

*Los cónyuges o futuros contrayentes que adquieran bienes conjuntamente a título oneroso pueden pactar en el mismo título de adquisición que, cuando cualquiera de ellos muera, el superviviente devenga titular único de la totalidad.*

Esta identidad podría interpretarse como una vuelta del Legislador Catalán a la raíz original del pacto de supervivencia, buscando tal vez con ello afianzar la idea de que se rompe la

interpretación y redacción vigente durante casi cincuenta años para entroncar con los planteamientos y debates *previos* a la Compilación, esto es: la naturaleza jurídica de la comunidad surgida del pacto, y la naturaleza del propio pacto. Aunque quizá sea una simple coincidencia.

#### **2.3.1.2. Compraventa y pacto de supervivencia: regulación actual**

La adquisición onerosa de un bien con pacto de supervivencia viene regulada, como ya se ha indicado a lo largo de este trabajo, en los artículos 231-15 a 231-18 del Libro II del Código Civil de Cataluña. En dichos artículos se regulan los efectos concretos del pacto de supervivencia tras la celebración del contrato, esto es, durante la vida de los adquirentes y tras el fallecimiento de uno de ellos. Sin embargo, apenas nada se indica del negocio que debe acompañar al pacto, salvo que debe ser oneroso, y que en el mismo título han de concurrir ambos. Antes de la entrada en vigor del Libro II, la situación no era muy diferente, dejando a salvo la mayor restricción imperante, que limitaba el pacto al contrato de compraventa.

Esto debe ser así, en buena lógica: el Libro II regula los efectos concretos del pacto de supervivencia como institución propia y diferenciada, de modo que cada uno de los contratos que acompañen al pacto se debe regular conforme a su normativa específica. En consecuencia, habrá que ceñirse a los márgenes de cada negocio en lo que a requisitos y efectos particulares de cada uno se refiere, dado que el pacto de supervivencia en nada desnaturaliza o altera su propia esencia, más allá de sus inevitables reglas propias, que no pueden evitarse, especialmente en lo que se refiere al 231-15, párrafo segundo.

Lo antedicho en modo alguno debe entenderse como una apología de la tesis dualista. Al contrario, el planteamiento es válido tanto si entendemos el pacto de supervivencia como un segundo contrato unido por imperativo legal al primero, como si presumimos que se trata de una cláusula o acuerdo particular que se suma al negocio celebrado,



manteniendo su unidad. En ambos casos, el contrato que da lugar al posterior pacto ha de respetar sus propios límites y reglas, que en lo sustancial no resultan alteradas, más allá, según se ha visto, de pequeñas restricciones, tales como la exigencia de un determinado estado civil en los adquirentes, o de una determinada forma de adquirir y pagar el precio “conjuntamente”.

Debiendo pues, acudir a la regulación propia de cada negocio, y dado que el Libro VI del Código Civil de Cataluña, *Obligaciones y Contratos*, todavía no ha sido promulgado, la referencia es el Código Civil y su detallada regulación de este contrato<sup>492</sup>, distribuida a lo largo de ocho capítulos.

En atención a la regulación del contrato de compraventa, no hay ninguna particularidad que indicar: el vendedor queda obligado a entregar la cosa objeto del contrato a los compradores, así como a responder en caso de evicción y vicios ocultos; y los compradores, por su parte, quedan obligados a entregar el precio al vendedor en la forma establecida. Es decir: los efectos típicos de cualquier compraventa.

Ahora bien, dentro del amplio articulado referido, sí creo conveniente efectuar una serie de matizaciones:

La calificación del contrato en caso de que el precio se pague en parte con dinero y en parte con otra cosa que contempla el artículo 1.446, y que antes de la entrada en vigor del Libro II podía suponer algún problema a la hora de calificarlo como compraventa o permuta, ha desaparecido en la actualidad. Será indiferente en que consista el precio siempre que se abone de forma conjunta por los cónyuges adquirentes, toda vez que constituye, en definitiva, una adquisición onerosa mediante dos formas de pago diferentes.

También parece que puede ser otorgado el pacto de supervivencia en compras efectuadas a calidad de ensayo o prueba, y en la venta *ad gustum*, recogidas en el artículo 1453. En estos casos, y al tenor literal de dicho artículo, la venta se efectúa bajo condición suspensiva<sup>493</sup>, de

---

<sup>492</sup> Artículo 111-5 del Código Civil de Cataluña.

<sup>493</sup> LACRUZ BERDEJO, J.L., RIVERO HERNANDEZ, F., y otros, *Elementos de Derecho*

modo que la condición de supervivencia de uno de los cónyuges se subordina a la previa condición suspensiva de adquirir la cosa objeto del contrato una vez se haya probado o gustado. Es decir: la transmisión tendrá lugar a favor del más viviente de los compradores siempre que decidan adquirir definitivamente la cosa pactada.

También debemos admitir, esta vez si aceptamos el concepto “bien” desde su definición más amplia, que la venta que contenga el pacto de supervivencia se refiera a un crédito (artículo 1526 y siguientes), a una herencia (1531) o un conjunto de derechos, rentas o productos (1532).

Pero la cuestión que me parece más interesante, dentro de la amplia regulación de la compraventa, es la de la compatibilidad del pacto de supervivencia con el derecho de retracto.

### **2.3.1.3. Derecho de retracto**

#### **a) El retracto convencional**

Según dictan los artículos 1507 y 1518 del Código Civil, el retracto convencional tiene lugar cuando el vendedor se reserva el derecho de recuperar la cosa vendida, contrayendo para ello la obligación de reembolsar al comprador el precio de la venta, junto con los gastos del contrato y otros legítimos hechos para la misma, así como aquellos necesarios y útiles efectuados sobre la cosa, además de aquello que hubiesen expresamente pactado.

Supone pues un pacto o cláusula especial que, de forma potestativa, puede incluirse en un contrato de compraventa cualquiera, sin que se exijan especiales requisitos o circunstancias para validar su

---

*Civil*, Tomo II, Vol. II, *op. cit.*, pags. 62 y 63 En relación con la venta a calidad de ensayo o prueba, la sentencia de 15 de noviembre de 1983 del Tribunal Supremo puntualiza que, pese a la mención expresa que hace el Código Civil al carácter suspensivo de la condición, también puede pactarse por los celebrantes su dimensión resolutoria, al amparo del principio de autonomía de la voluntad. Y en cuanto a la venta *ad gustum*, la doctrina ha discutido ampliamente si se trata efectivamente de una venta sometida a condición, o si más bien dimensiona al arbitrio exclusivo del comprador la oferta y celebración del contrato.

inclusión. En este sentido, merece destacarse que, entre los muchos posibles pactos especiales que pueden incluirse en una compraventa, el Código Civil únicamente ha regulado el pacto de retroventa o retracto convencional<sup>494</sup>.

El pacto de retro constituye “un pacto expreso, que le permite (al vendedor) recuperar la cosa dentro del plazo al efecto estipulado, restituyendo el precio de la venta y los gastos que el mencionado artículo 1518 determina”<sup>495</sup>.

Independientemente de los distintos supuestos que regula el Código Civil en los artículos 1513 al 1517, en cuanto a los sujetos intervinientes en el mismo, la situación particular que aquí nos ocupa es la siguiente:

- En primer lugar, determinar si es compatible un pacto de retro con un pacto de supervivencia en un mismo contrato de compraventa.
- En según lugar, si la respuesta es afirmativa, estudiar sus posibles efectos.

Respecto de la primera cuestión, nada parece impedir que el vendedor acuerde con los compradores establecer la opción de, dentro del plazo acordado, que no podrá superar los diez años mediando pacto expreso o los cuatro años a falta del mismo, recuperar la cosa vendida, satisfaciendo todos los gastos y pagos generados a los compradores, de conformidad con lo establecido por el artículo 1518 del Código Civil.

La normativa del Código Civil de Cataluña, por su parte, es muy clara en cuanto a los requisitos que exige para la válida configuración del pacto: adquisición onerosa por matrimonio constando el pacto de supervivencia en el mismo título; pero nada dice de que no se puedan incluir otros pactos cualesquiera, según permite el principio de

---

<sup>494</sup> LACRUZ BERDEJO, J.L., RIVERO HERNANDEZ, F. y otros, *Elementos de Derecho Civil*, Tomo II, Vol. II, *op. cit.*, pag.72.

<sup>495</sup> Según expresión literal de DIEZ-PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, *op. cit.*, pag. 161.

GARCÍA CANTERO, G., *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Tomo XIX, Artículos 1.445 al 1.541 del Código Civil, Edersa, Madrid, 1991, pag. 601, precisa que constituye “un derecho real de adquisición del tipo de opción, cuyo mecanismo de actuación se instrumenta a través de un condición resolutoria inserta en un contrato normal de compraventa, el cual deviene necesario punto de referencia para la efectividad de aquel derecho”.

autonomía de la voluntad<sup>496</sup>.

Si atendemos al espíritu del pacto de supervivencia, la inclusión del retracto supondría que la adquisición a favor del más viviente quedaría pendiente de que en el plazo establecido no se ejercitara la opción de recuperar el bien objeto de la misma, siendo válidas todas las normas que rigen la comunidad surgida durante ese lapso de tiempo. Siendo esto así, el pacto de supervivencia produciría todos sus efectos; en caso contrario, entiendo que quedaría extinto. Por ello, parece lo más lógico entender que el pacto de retro actuaría como una especial causa de extinción del pacto, derivada no de una de las situaciones concretas del artículo 231-18 del Código Civil de Cataluña, sino de la pérdida del dominio por parte de los adquirentes, tomando causa en la venta que antecede al pacto, y no en los supuestos regulados del mismo. Dado que el efecto esencial del retracto es restituir el dominio de la cosa vendida al propietario original, carece de sentido plantear la vigencia del pacto de supervivencia sobre una cosa que ya no figura en el patrimonio de los cónyuges.

En relación con lo antedicho, se ha señalado que las causas de extinción recogidas en su día por el artículo 46 del Código de Familia (equivalente al vigente 231-18), no deben entenderse como un *numerus clausus*, sino como una relación de situaciones que originan la extinción del pacto y la aparición simultánea de una situación de comunidad en *pro indiviso* ordinario<sup>497</sup>. Es decir: son causas que determinan el cese de los efectos propios del pacto de supervivencia, siendo válida la adquisición previa, de modo que el bien permanece en el patrimonio de los adquirentes (a salvo el supuesto de adjudicación a un tercero como consecuencia de un embargo), pero bajo una forma jurídica diferente, y con unos efectos distintos.

Sin embargo, existen otros casos que no aparecen en la norma, y que determinan la extinción del pacto. Según señala PUJOL CAPILLA,

---

<sup>496</sup> PEREZ CONESA, M.C., “Del retracto convencional. Artículos 1507 a 1520”, *Comentarios al Código Civil*, BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R. (Coord.), Aranzadi - Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2009, pags. 1766 y 1767. Señala la naturaleza accesoria y disponible de este derecho.

<sup>497</sup> PUJOL CAPILLA, P., *op. cit.*, pags. 293 y 294.

son aquellos supuestos en que “el bien objeto de la compraventa y del pacto de supervivencia desaparece. Es decir, cuando se destruye, se dona o se vende dicho bien (así como el resto de conductas que conlleven la desaparición del bien de la esfera patrimonial del matrimonio)”<sup>498</sup>. No hay duda de que el ejercicio del pacto de retro por parte del vendedor originaría una de estas situaciones, al ser su principal efecto restituir el bien previamente vendido al dominio original.

Como dice la autora antes citada, el pacto de supervivencia gira en torno a dos requisitos: “uno subjetivo, unos sujetos unidos por vínculo matrimonial y, otro objetivo, el bien o bienes sobre los que recae la situación de comunidad. Si desaparece cualquiera de los elementos del binomio: matrimonio-bien, no existe pacto de supervivencia”<sup>499</sup>.

De este modo, el pacto de retro actuaría como un supuesto de extinción del pacto de supervivencia, al dejar sin efecto la venta que lo originó y confirió validez.

Relacionada con lo anterior, pero con un matiz diferenciador, es la situación en que al ejercitarse por el vendedor la opción de recuperar la cosa vendida, se haya producido el fallecimiento de uno de los cónyuges, de modo que el otro se ha convertido en pleno propietario.

En este supuesto, entiendo que igualmente tendrá eficacia el retracto, tanto si se ha inscrito en el Registro de la Propiedad como si no, dado que el sobreviviente tenía pleno conocimiento de la situación jurídica de la cosa. Objeto de mayor controversia puede ser si el vendedor tendrá que abonar en este supuesto, al hilo del 1518, todos los gastos originados de consolidar el pleno dominio el sobreviviente, tales como el impuesto de transmisiones patrimoniales-sucesiones-donaciones, según corresponda, plusvalía municipal si la hay, y gastos de escritura e inscripción en el Registro.

Como argumento en contra, podemos decir que el 1.518

---

<sup>498</sup> *Ibid.*, pag. 294.

<sup>499</sup> *Ibidem*.

únicamente habla de gastos del contrato y pagos legítimos hechos para la venta. Pero, igualmente, este argumento nos vale como pronunciamiento a favor, pues puede esgrimirse que, teniendo conocimiento el vendedor de la existencia del pacto de supervivencia y de sus efectos, y habiendo aceptado su inclusión, asumiera como un riesgo el hecho de que uno de los compradores pudiera fallecer antes de ejercitar él su opción, con los consiguientes gastos extras derivados del deceso, que debería asumir.

Esta segunda opción acaso sea la más acertada, pues la contraría supondría tanto como tolerar un desembolso inútil por parte del supérstite, así como vaciar de contenido el pacto de supervivencia precisamente después de producir todos sus efectos. No obstante, el hecho de que el artículo 1507 admita la posibilidad de sujetar a pacto entre las partes las condiciones en que debe ser ejercitado el derecho de retracto, da pie a pensar que, caso de que ocurriera un supuesto como el que analizamos, los intervinientes harían muy bien en precisar todos los puntos conflictivos que aquí estamos señalando. Pero, de no ser así, habría que recurrir a los argumentos antes esgrimidos.

## **b) El retracto legal**

Dada la naturaleza del retracto legal, que supone un derecho reconocido no a las partes del contrato, sino a un posible tercero, ya sea comunero o colindante, su alcance es diferente, y da lugar a pocas dudas: en caso de que se efectúe la venta con pacto de supervivencia de parte de un bien por un condueño sin contar con los demás, o de una finca rústica de menos de una hectárea, tanto el copropietario como el vecino colindante tendrán derecho, en los nueve días siguientes a la inscripción en el Registro de la Propiedad del bien, o en su defecto desde que tuvieron conocimiento de la venta, a subrogarse en las mismas condiciones estipuladas en el contrato, en lugar del adquirente.

Ahora bien, el hecho de que el artículo 1521 establezca expresamente que la subrogación se hará *con las mismas condiciones*

*estipuladas en el contrato* puede dar lugar a que nos planteemos si el pacto de supervivencia puede ser considerado como una de esas condiciones que deben ser mantenidas.

Si partimos de la tesis dualista y afirmamos que el pacto de supervivencia constituye un segundo contrato, subordinado y dependiente del primero, pero sustancialmente distinto, entonces debemos concluir que en absoluto debe vincular al ejercitante del derecho de retracto. Como titular del mismo, únicamente le pueden afectar aquellas condiciones que configuran la compra o dación en pago, pero no otro negocio jurídico surgido a raíz de dichas transmisiones, y celebrado ya en exclusiva por los adquirentes.

Por el contrario, si entendemos, desde la perspectiva unitaria, que el pacto de supervivencia constituye una cláusula o condición más, entonces sí creo que puede existir fundamento para exigir que se considere como parte inherente del contrato la disposición de supervivencia. Para ello, claro está, será necesario que el ejercitante esté casado, de modo que ocupe al ocupar el lugar del primer celebrante adquiera para él y su cónyuge, y el más viviente de los dos. De este modo, se cumplirá el requisito de que se adhiera al contrato respetando todas sus condiciones.

En caso de que el nuevo comprador no esté casado, por imposibilidad, lógicamente, se excluye cualquier debate.

Tanto desde una como otra perspectiva, debe tenerse en cuenta la naturaleza del pacto de supervivencia a la hora de determinar si su aplicación es posible a partir de lo dispuesto por el Código Civil de Cataluña, o bien si debe interpretarse como una derivación del principio de autonomía de voluntad. Esto último parece más que dudoso, ya que el ejercicio del retracto supone adherirse a lo pacto por otros, de modo que la propia voluntad del colindante o comunero poco habrá tenido que ver con la formación del contrato.

Me estoy refiriendo, claro está, al caso de que el ejercitante del retracto no sea un matrimonio o pareja de hecho sometido al derecho catalán, o bien a que la finca no se encuentre en Cataluña; o a que su

ley personal no sea compatible con lo estipulado. Para ello, habrá que dar primero respuesta a lo que he planteado previamente.

#### **2.3.1.4. Conclusión**

Pocas dudas podemos albergar de que la compraventa que acompaña al pacto se rige por las normas generales del Código Civil en cuanto a lo referido a la adquisición onerosa del dominio de la cosa vendida, así como a sus posibles efectos entre vendedor y comprador. El pacto de supervivencia, en este sentido, actúa en su relación directa con la compraventa como simple delimitador de los requisitos subjetivos y objetivos del contrato, al requerir de unos adquirentes concretos (cónyuges o pareja de hecho) y de un precio pagado “conjuntamente”.

Por ello, podemos afirmar que donde realmente extiende sus efectos con pleno alcance y trascendencia es tras la celebración de la venta, pues estipula una serie de reglas indisponibles, entre los adquirentes primero y después cuando se produce el fallecimiento de uno de ellos.

Independientemente de las diferentes orientaciones doctrinales ya estudiadas en relación con la naturaleza jurídica de esta institución, así como de la sustancial modificación concebida por el Libro II del Código catalán, me atrevería a decir que existe un acuerdo unánime en este punto.

#### **2.3.2. Préstamo hipotecario**

Volviendo al antes anunciado trabajo de MEZQUITA DEL CACHO, el autor plantea esta posibilidad de forma previa al citar a SAGUER, excluyéndola posteriormente de la enumeración a que me he referido. Su inclusión parte de que la ejecución del préstamo contiene una potencial compra “siendo esta expectativa lo que se comunica y lo que aleatoriamente se convertirá en propia exclusivamente del



sobreviviente”<sup>500</sup>.

El supuesto concreto consistiría en que, en el momento de celebrarse el contrato de préstamo con garantía hipotecaria, los prestamistas acuerden entre sí que, de ejecutarse el préstamo y serles adjudicada la finca, esta sea adquirida con pacto de supervivencia entre ellos, acordado, pues, antes de la ejecución, en el propio título de préstamo hipotecario.

SAGUER reveló que era práctica en la comarca de Gerona la inclusión del pacto en los préstamos hipotecarios, según cita MEZQUITA DEL CACHO, quien opina que el hecho de que uno de los prestamistas pudiera haber muerto antes de adquirir la propiedad confiere una nota especialmente atípica a esta posibilidad<sup>501</sup>.

A día de hoy, teniendo en cuenta lo hasta aquí expuesto, así como la actual configuración del pacto, mi primera impresión es que no cabe la inclusión del pacto de supervivencia en el préstamo hipotecario a favor de los prestamistas. Y esto es así porque la hipoteca cumple una función de garantía, no directamente de adquisición. La voluntad de los prestamistas no es adquirir un inmueble, sino asegurar con el mismo la restitución de lo prestado, por lo que, desde un punto de vista causal, se pueden plantear fundadas reticencias.

Sin embargo, sí puedo entender que, bajo un determinado prisma, se plantee su virtualidad. Y es que no estamos ante la consideración del simple mutuo, que ya hemos visto y que, en mi opinión, no reúne los requisitos necesarios para acoplarse al pacto, sino que la vinculación de una finca, bien inmueble concreto y definido, a través de la garantía hipotecaria, puede enmascarar el propósito de adueñarse del mismo, y esto sí podría servir de cobertura para afectar al pacto de supervivencia, dando lugar a un supuesto de negocio fiduciario de venta en garantía<sup>502</sup>, o incluso a un caso de simulación.

No obstante, la dilación temporal y la indeterminación que supone la hipoteca, pues su ejecución depende de que se cumpla o no

---

<sup>500</sup> MEZQUITA DEL CACHO, J.L., *op. cit.*, pag. 899.

<sup>501</sup> *Ibidem*.

<sup>502</sup> *Vid supra* capítulo segundo, apartado III, subapartado 2.2.

con las obligaciones de pago los prestatarios, hacen que no me parezca un vehículo adecuado. Del 231-15 se desprende una idea de inmediatez en la adquisición y de voluntad de vinculación inicial que aquí no encuentro. Su propia redacción parece respaldar esto, pues al sancionar que los cónyuges *pueden pactar en el mismo título de adquisición*, parece estar exigiendo esa voluntad en la misma génesis del título de adquisición, esto es, comprar con el fin de que uno sólo sea finalmente propietario, y no como la pingüe oportunidad de incluir el pacto por si acaso el prestatario no cumple en una garantía.

En consecuencia, entiendo que la constitución de una garantía hipotecaria no es el vehículo ideal para incluir el pacto de supervivencia entre los prestamistas, para el caso de ser ejecutada. Que puedan existir mimbres suficientes para que se plantee la inclusión del pacto de supervivencia como acompañamiento de tal garantía, lo admito; pero que tal posibilidad pueda materializarse como tal, me parece más que problemática y contraria al espíritu de la institución.

### **2.3.3. Contrato de edificación por tercero, con o sin aportación de materiales, en virtud de un arrendamiento de obra contratado y pagado por ambos cónyuges**

La situación que aquí se plantea la siguiente: se adquiere, de forma onerosa y con pacto de supervivencia un terreno por un matrimonio o pareja de hecho. Posteriormente, deciden efectuar una edificación sobre el mismo, que será pagada por ambos. Para ello, se contratan los servicios de un tercero.

Esto es: se parte de la adquisición de un terreno por los cónyuges con pacto de supervivencia, y más adelante se edifica a costa de ambos cónyuges.

Aunque lo expuesto pueda recordar a la edificación de mejoras a que se refiere al artículo 1359 del Código Civil, la situación no es exactamente la misma: no se trata de determinar la naturaleza de la

edificación dentro del régimen económico matrimonial<sup>503</sup>, sino más bien de verificar si es posible la extensión de los efectos del pacto de supervivencia celebrado previamente a la posterior edificación.

MEZQUITA afirma que “la extensibilidad del pacto de supervivencia al edificio es evidente, pues si lo edificado accede al suelo adquirido en común por los consortes (...) quedará involucrado en los mismos términos en que esa cotitularidad sobre el terreno se haya establecido, incluyendo la previsión de acrecimiento sólo a quien de ambos sobreviva”<sup>504</sup>.

También PUJOL CAPILLA opinó que tal contrato era susceptible de extender los efectos del el pacto de supervivencia a lo edificado: “Si lo edificado accede al patrimonio de los titulares o cotitulares del suelo, lo será en los mismos términos en que esa titularidad o cotitularidad esté efectuada”<sup>505</sup>.

Cuestión diferente, se me ocurre es la siguiente: que sobre un terreno adquirido por ambos cónyuges sin pacto de supervivencia, o bien sobre un terreno privativo de uno de ellos, se contrate un arrendamiento de obra, con o sin aportación de materiales, sujeto al pacto de supervivencia.

En este caso, la nueva regulación del Libro II del Código Civil Catalán, a diferencia de lo que ocurría antes, sí puede dar lugar a la validez de negocio con pacto de supervivencia, pues se trata de un bien adquirido a título oneroso conjuntamente por ambos cónyuges.

Si la justificación anterior, defendida por MEZQUITA DEL CACHO y PUJOL CAPILLA, se apoyaba en la accesión como fundamento de la extensión del pacto de supervivencia a lo edificado, ahora tal justificación ya no es imprescindible, pues lo único exigido por la legislación vigente es un título oneroso de adquisición conjunta. Por ello, siempre que medie precio entre los cónyuges y el encargado de ejecutar la obra, nos encontraremos con una verdadera adquisición

---

<sup>503</sup> Recordemos que las parejas de hecho pueden ser sujeto del pacto de supervivencia.

<sup>504</sup> MEZQUITA DEL CACHO, J.L., *op. cit.*, pag. 899.

<sup>505</sup> PUJOL CAPILLA, P., *op. cit.*, pag. 168.

onerosa, susceptible pues de adjuntar el pacto. Y es que estos contratos son consensuales, bilaterales y onerosos<sup>506</sup>.

La doctrina precisa que el contrato de arrendamiento de obra “se caracteriza por la realización, por una de las partes (el *contratista*) y mediante precio, no ya de *un trabajo* en beneficio de la otra parte (de quien hace el encargo o *comitente*), sino de un trabajo materializado en *una obra* que es el objeto del contrato y lo que va a recibir el que la contrató”<sup>507</sup>.

Aunque el punto de vista del Código Civil parece apuntar a que el contrato de arrendamiento de obra está fundamentalmente vinculado a la construcción inmobiliaria, lo cierto es que pueden ser objeto del mismo tanto bienes muebles como inmuebles. Sin embargo, en atención a nuestro estudio, creo que serán los inmuebles los bienes objeto de la obra que más nos deben interesar, pues han sido tradicionalmente estos los que se han unido al pacto de supervivencia, aunque, en rigor, esto tampoco tiene porqué ser así.

Ahora bien, si pensamos en que el objeto del contrato de arrendamiento de obra es siempre un resultado, y que este puede ser perfectamente una cosa, mueble o inmueble, de nueva creación, esto es, inexistente antes del contrato, veremos que perfectamente cabe su consideración como adquisición onerosa, y en consecuencia su posibilidad de quedar vinculada por el pacto.

Esta conclusión queda reforzada por el hecho de que el comitente debe *adquirir* el dominio del contratista tras el encargo efectuado. Como se ha señalado, “el comitente adquiere lo que se incorpora al suelo o a la cosa mueble de su *propiedad*, y salvo esto, no deviene dueño del objeto *hasta la tradición*, que podrá ser ficticia si así se pacta en escritura pública, pero que no es sustituida por el simple otorgamiento de la escritura por no hallarnos en el caso del art. 1462-2º del Código Civil”<sup>508</sup>.

---

<sup>506</sup> ALBALADEJO GARCIA, M., *Derecho Civil II*, op. cit., pag. 734.

<sup>507</sup> Según LACRUZ BERDEJO, J.L., RIVERO HERNANDEZ, F., y otros, *Elementos de Derecho Civil II*, Vol. Segundo, op. cit., pag. 175.

<sup>508</sup> LACRUZ BERDEJO, J.L., RIVERO HERNANDEZ, F., y otros, *Elementos de Derecho*

El apunte del 1462-2º me parece especialmente clarificador en atención a la materia de nuestro estudio: ya no debemos ceñirnos a las normas de las compraventas, sino de las *adquisiciones onerosas*. Así considerado, el contrato mediante el que un matrimonio decide hacer un gasto común y encargar la elaboración de un bien determinado, al ser oneroso, es susceptible del pacto. El caso más claro que se me ocurre, y el más lógico, es el ya citado de construcción de inmueble, pero otros pueden ser igualmente susceptibles del mismo, siempre y cuando supongan una *adquisición*.

Con esto quiero decir que si lo que se contrata es la elaboración de un determinado bien, no veo obstáculo a la inclusión del pacto. Tomemos el ejemplo más claro de edificación de vivienda. Se podrá contratar la obra con el contratista especificando que compren para el más viviente de ambos, dejando esto ya claro en el propio contrato privado de arrendamiento de obra. Posteriormente, será en la escritura de declaración de obra nueva donde los cónyuges podrán precisar que sobre el terreno que sea (común o privativo de uno de ellos), han edificado, *a su costa y expensas, y para el que de los dos sobreviva, la vivienda que a continuación se describirá*. Con ello se accedería, entiendo que sin problemas, al Registro de la Propiedad.

Insisto en que debe tratarse de una obra nueva o bien de nueva creación, porque no creo que pueda incluirse el pacto en, por ejemplo, un encargo de obra de reforma. Aquí realmente no se está adquiriendo un bien, sino mejorando uno que ya obra en el patrimonio de ambos o de uno sólo, por lo que no reúne el requisito básico de constituir una verdadera adquisición.

#### **2.3.4. La permuta, en especial la llamada permuta de solar por una parte del edificio a construir**

Debemos distinguir en esta categoría dos contratos distintos:

- Por un lado, tenemos el *contrato de permuta*, pura y simple. Si

con antelación a la entrada en vigor del Libro II del Código Civil ya había quien se planteaba la viabilidad de la permuta como contrato tan válido como la compraventa para acoger el pacto, en la actualidad ya no cabe duda. La permuta se puede definir como el “contrato por el que cada uno de los contratantes se obliga a transmitir al otro una cosa (o derecho) a cambio de la (o el) que éste se obliga a transmitirle a él”<sup>509</sup>. Se trata de un contrato consensual, sinalagmático, oneroso y obligatorio, cuya onerosidad proviene de unas prestaciones relativamente equilibradas y de valor semejante, pero no iguales <sup>510</sup>.

Entendido como tal, poca duda cabe acerca de su validez como negocio jurídico previo y necesario para acompañar al pacto de supervivencia, pues reúne todos los requisitos necesarios para ello: un matrimonio dueño de un bien determinado lo cambia por otro, pactando que esta nueva adquisición será para el que de los dos viva más tiempo. Únicamente varía el cambio de cosa por precio. Este hecho, si lo pensamos detenidamente, incluso facilita la apreciación y validez del pacto, pues mientras que en el intercambio de cosa por precio, como hemos ya visto, muchas veces uno de los cónyuges asumía todo el precio sin revelarlo, en la permuta de cosas puede resultar mucho más sencillo verificar la procedencia de dichos bienes, sobre todo si se trata de bienes inmuebles inscritos en el Registro de la Propiedad, o bien de cosas cuya adquisición conste en documento público o privado de compra.

- Respecto de *la permuta de solar presente por edificación futura*, merece la pena que nos detengamos en una serie de consideraciones previas antes de atender a su idoneidad como instrumento válido para la inclusión del pacto de supervivencia.

Se ha definido la cesión o permuta de suelo por obra futura como aquel contrato por el que “el propietario de un solar lo transmite a un empresario de la construcción, y éste se obliga a entregarle determinados departamentos que se han de edificar en el solar

---

<sup>509</sup> ALBALADEJO GARCIA, M., *Derecho Civil II*, op. cit., pag. 570.

<sup>510</sup> LACRUZ BERDEJO, J.L, RIVERO HERNANDEZ, F., y otros, *Elementos de Derecho Civil*, Tomo II, Vol. Segundo, op. cit., pag.79.

transmitido, o más raramente en otro distinto”<sup>511</sup>.

Se caracteriza pues este contrato porque una de las partes transmite a otra la propiedad de un solar edificable, quedando la adquirente obligada a levantar en el mismo una nueva edificación y a entregar a la transmitente, como contraprestación, uno o varios pisos o locales<sup>512</sup>.

Sin que el Código Civil se refiera a lo largo de su articulado a este contrato, el primer intento de regulación positiva lo encontramos en el artículo 13 del Reglamento Hipotecario, tras la reforma de 4 de septiembre de 1998<sup>513</sup>. Siguiendo el camino abierto por la resolución de

---

<sup>511</sup> En palabras de SIMO SEVILLA, D., “Contrato de permuta”, *Instituciones de Derecho Privado*, Tomo III, Volumen 2º, DELGADO DE MIGUEL, J.F. (Coord.), Civitas - Thomson, Madrid, 2005, pag.532.

GINER GARGALLO, A, *Reforma del Reglamento Hipotecario practicada por el R.D. 1867/1998, de 4 de septiembre. Comentarios sobre su contenido*, Noticias Jurídicas, 1.999, [http://noticias.juridicas.com/articulos/45-Derecho%20Civil/199902-eaj35\\_01.html](http://noticias.juridicas.com/articulos/45-Derecho%20Civil/199902-eaj35_01.html), entiende que “con la denominación de cesión o permuta de suelo por obra futura se suele hacer referencia al contrato por el que el dueño de un solar (cedente) se obliga a transmitirlo a otra persona (cesionario) para que construya en él, obligándose a cambio el cesionario a transmitir al cedente parte de la edificación resultante”, de modo que la condición de empresario de la construcción no parece requisito necesario.

<sup>512</sup> ALVAREZ MORENO, M.T., “La cesión de solar por pisos o locales en el edificio construido”, *Aranzadi Civil*, Aranzadi, 1995, pags. 89 a 92, precisa que el objeto del contrato puede presentar en la práctica distintas variaciones. Así, respecto del solar cabe que se acuerde vender el derecho de vuelo sobre el solar, o bien que se transmita únicamente una parte del mismo; y en cuanto a los pisos o locales, puede admitirse su sustitución por una parte de los beneficios de la venta de los pisos, o por un porcentaje en la construcción, entre otros posibles supuestos.

<sup>513</sup> Artículo 13.- *En las cesiones de suelo por obra futura, en las que se estipule que la contraprestación a la cesión consiste en la transmisión actual de pisos y locales del edificio a construir, que aparezcan descritos en el propio título de permuta conforme a la Ley de Propiedad horizontal y con fijación de la cuota que les corresponderá en los elementos comunes, al practicarse la inscripción se hará constar la especial comunidad constituida entre el cedente y cesionario, siempre que se fije un plazo para realizar la edificación, de 10 años.*

*Salvo que en el título de cesión se pacte otra cosa, el cesionario podrá por sí solo otorgar las escrituras correspondientes de obra nueva y propiedad horizontal, siempre que coincida exactamente la descripción que se haga en ellas de los elementos independientes a que se refiere el párrafo anterior. La inscripción de la propiedad horizontal determinará que tales elementos queden inscritos a favor del cedente, son necesidad de formalizar acta notarial de entrega.*

*Salvo pacto en contrario, el cesionario no podrá enajenar ni gravar, sin consentimiento del cedente, los elementos independientes que constituyen la contraprestación.*

(Los tres párrafos anteriores, anulados por sentencia de 31 de enero de 2.001 del Tribunal Supremo).

*El régimen previsto en este artículo no será aplicable cuando los contratantes hayan configurado la contraprestación a la cesión de forma distinta a lo*

la Dirección General de Registro y del Notariado de 16 de mayo de 1996, se dio desarrollo a este contrato, siendo la finalidad principal perseguida proteger al cesionario mediante la inscripción de la contraprestación. Para ello, se estimó que cedente y cesionario formaban una especie de comunidad, y se dio transcendencia real a la entrega futura, permitiendo que el cesionario pudiera inscribir su derecho.

Sin embargo, por sentencia de 31 de enero de 2001 del Tribunal Supremo, tres de sus cuatro párrafos fueron anulados por vulneración del principio de jerarquía normativa, ya que, a juicio del Tribunal Supremo, se trastocaba el régimen legal de adquisición consagrado por el artículo 609 del Código Civil, pues la adquisición de un derecho real a través de una inscripción registral se configuraba en contra de la teoría del título y el modo, ya que realmente se produce una transmisión sin modo.

Como es bien sabido, la teoría del título y el modo tiene una larga trayectoria en nuestro derecho patrio<sup>514</sup>, y se encuentra reflejada, si bien no expresamente, en el citado artículo 609 del Código Civil, complementado por el 1905, al menos para lo que se refiere a la transmisión de la propiedad y demás derechos reales mediante contrato. Y es que, de conformidad con la misma, para la adquisición de estos derechos no basta con la existencia de un negocio jurídico (título), generalmente el contrato, sino que además este ha de ser acompañado de la entrega o tradición (modo)<sup>515</sup>.

---

*contemplado en el párrafo primero o como meramente obligacional. En este caso se expresará de forma escueta en el cuerpo del asiento que la contraprestación a la cesión es la obra futura, pero sin detallar ésta. En el acta de inscripción y en la nota al pie del documento se hará constar que el derecho a la obra futura no es objeto de inscripción.*

*No obstante, si se hubiera garantizado la contraprestación con condición resolutoria u otra garantía real, se inscribirán estas garantías conforme al [artículo 11 de la Ley Hipotecaria](#).*

<sup>514</sup> Véase ALONSO PEREZ, M., “Título y modo de adquirir en el Código Civil”, *La adquisición y la transmisión de derechos reales. Estudio del derecho catalán y otros sistemas jurídicos*, BADOSA COLL, F., GETE-ALONSO Y CALERA, M.C., GINEBRA MOLINS, M.E. y NAVAS NAVARRO, S. (Coords.), Marcial Pons, Madrid, 2009, págs. 159 y siguientes.

<sup>515</sup> PUIG BLANES, F.P., “Títulos I a IV del Libro V”, *Comentarios al Código Civil de Cataluña*, Tomo II, *op. cit.*, pag. 591.



La teoría del título y el modo, como fundamento del sistema de adquisición de bienes, aparece también recogida en el Código Civil de Cataluña, incluso de un modo más explícito. A diferencia del Código Civil de 1.889, el texto catalán muestra un manifiesto interés por recoger y definir la teoría del título y el modo, de honda raigambre en Cataluña según se afirma en el preámbulo del Libro V, al reconocerse que el Título III, donde se regula la adquisición y extinción del derecho real, se ha configurado según *el sistema transmisor-adquisitivo de acuerdo con la teoría del título y del modo vigente tradicionalmente en el ordenamiento jurídico catalán*<sup>516</sup>.

Esta preocupación por profundizar en el modo de adquirirse y transmitirse el dominio y el resto de derechos reales se materializa en los artículos 531-1 a 531-5. El primero de ellos contiene sin circunloquios la plasmación directa de la teoría del título y el modo, pues señala que *para transmitir y adquirir bienes, es preciso, además del título de adquisición, la realización, si procede, de la tradición o los actos o las formalidades establecidas por las leyes*. Por si esto no fuera poco, y en un afán doctrinal que acaso excede los fines propios de un código, pero que a la vez clarifica las exigencias y necesidades que comporta la transmisión y adquisición de derechos reales, define qué debemos entender por tradición (531-2), cuál es su fundamento (531-3), y cuáles sus clases (531-4).

Ciñéndonos estrictamente a esta regulación, podemos afirmar que *la tradición consiste en la entrega de la posesión de un bien por los antiguos poseedores a los nuevos*, y que su fundamento descansa en

---

CASTAN TOBEÑAS, J., *Derecho Civil...*, Tomo 2º, Vol. 1º, *op. cit.*, pag. 205, señala que el fondo de la teoría del título y el modo aparece vinculado a la exigencia de “un doble elemento para la transmisión de la propiedad: a) Un fundamento o causa jurídica de la adquisición, llamada predominantemente título (...) b) La transferencia de la posesión de la cosa (*tradición*), de manera material o espiritualizada, pues en nuestro Código la tradición está reducida a formalidades tan sumarias que hacen de ella, en ocasiones, una pura ficción”.

<sup>516</sup> En este sentido: GETE-ALONSO Y CALERA, M.C., “Constitución, transmisión y adquisición de los derechos reales en el nuevo Código civil de Cataluña y modelos europeos. Presentación de las ponencias del día 30 de noviembre de 2006”, *La adquisición y la transmisión de derechos reales. Estudio del derecho catalán y otros sistemas jurídicos*, dirigido por BADOSA COLL, F. y GETE-ALONSO Y CALERA, M.C., GINEBRA MOLINS, M.E. y NAVAS NAVARRO, S. (Coords.), Marcial Pons, Madrid, 2009, pag. 26.

que, al ser realizada *como consecuencia de determinados contratos, comporta la transmisión y adquisición de la propiedad y de los demás derechos reales posesorios*<sup>517</sup>, entendiéndose producida cuando un bien es entregado a los adquirentes y estos toman posesión del mismo con el acuerdo de los transmitentes. Esto último no siempre tiene que ser así, dado que el 531-4 párrafo 2 admite diversas modalidades de tradición, más o menos espiritualizada.

Como vemos, esta concepción de la teoría del título y el modo entronca directamente con la visión clásica de la doctrina civilista española<sup>518</sup>. De la constatación de este hecho se puede deducir fácilmente que el legislador catalán, sin perder de vista el sistema recogido en el artículo 609 del Código Civil, ha hecho un significativo esfuerzo clarificador, quizá no imprescindible, toda vez que tanto el desarrollo doctrinal como jurisprudencial son prolijos en cuanto al asentamiento y contenido de la teoría del título y el modo, pero sin duda positivo, pues su inclusión contribuye a conferir una mayor seguridad y precisión jurídicas.

Recogiendo todo lo dicho y volviendo a la institución que ocupa nuestra atención en este momento, el Tribunal Supremo estimó que, por los requisitos inherentes a la teoría del título y el modo, el cedente en ningún caso puede adquirir la propiedad desde un primer momento dada la falta del requisito de la entrega material o tradición (modo), ya que, incluso para poder invocar la *traditio ficta* de los artículos 1462 párrafo 2 y 1463 del Código Civil, reconocida a su vez en el 531-4, párrafo 2, letra “a” del Código Civil Catalán, se requiere que la cosa objeto de la transmisión *exista en realidad*, lo que en el supuesto de la

---

<sup>517</sup> Según el artículo 531-3 del Código Civil de Cataluña debemos entender, pues, que únicamente es necesario que la tradición acompañe al título cuando este sea un contrato, exigiéndose además que el derecho adquirido sea el de propiedad o bien otro que implique posesión.

<sup>518</sup> RAMS ALBESA, J., “La *iusta causa traditionis*, el art. 1901 CCE y el Libro V del Código civil de Cataluña”, *La adquisición y la transmisión de derechos reales. Estudio del derecho catalán y otros sistemas jurídicos*, dirigido por BADOSA COLL, F. y GETE-ALONSO Y CALERA, M.C., GINEBRA MOLINS, M.E. y NAVAS NAVARRO, S. (Coords.), Marcial Pons, Madrid, 2009, págs. 201 y siguientes.

cesión de un terreno por obra futura no acontece, pues la edificación es, por su propia definición, un simple proyecto.

En este sentido, del artículo 2 de la Ley Hipotecaria y 4 del Reglamento hipotecario se sigue que “la normativa hipotecaria requiere que para la inscripción de los actos traslativos de derechos reales inscribibles, la transmisión de los mismos ya se haya producido en la forma que establece la legislación civil que le fuere aplicable”<sup>519</sup>, la cual en ningún caso admite la inscripción en el Registro de la Propiedad como medio de suplir la tradición, que es lo que, en definitiva, parecía desprenderse de los tres párrafos derogados del artículo 13 del Reglamento Hipotecario.

A modo de resumen, la resolución de 24 de junio de 2009 de la Dirección General de Registros y del Notariado recoge la conclusión de que la decisión de anular los tres citados párrafos del artículo 13 del Reglamento Hipotecario se produjo por estimarse que *un derecho real no puede recaer sobre un objeto inexistente y porque dicha regulación reglamentaria alteraba el régimen legal de la propiedad consagrado en el artículo 609 del Código Civil*. De ello podemos deducir que la problemática contraprestación tiene en definitiva un carácter meramente obligacional, sin auténtica trascendencia real.

La consecuencia de todo lo dicho es que, al no haberse cubierto a día de hoy el vacío legal provocado por la citada sentencia del Tribunal Supremo de 2001, tenemos que dirigirnos a la práctica notarial y registral para suplir los efectos de dicha resolución.

La doctrina asentada por la Dirección General de los Registros y del Notariado tras la determinante sentencia del Supremo, según resulta, entre otras, de las resoluciones de 7 de mayo y 24 de junio de 2009, es que la permuta de solar sobre obra futura se puede configurar tanto con carácter obligacional como con auténtica eficacia real. Esto es así porque “la DGRN considera que existe la posibilidad de configurar la contraprestación de entrega de las fincas futuras como una obligación,

---

<sup>519</sup> PUIG BLANES, F.P, *Comentarios al Código Civil de Cataluña*, Tomo II, *op. cit.*, pag. 596.

o bien como un derecho real con transmisión de presente cuando haya - o se constituya- comunidad sobre el solar, pero tiene que estar clara en la escritura la voluntad de las partes”<sup>520</sup>. Es decir, que únicamente mediante la previa creación de una comunidad de propietarios entre el cedente y el constructor podría accederse al Registro.

Siendo este el conflictivo marco que se nos presenta, podemos caracterizar a la permuta o cesión de suelo por obra futura como un contrato atípico, pues no puede encajarse plenamente en ninguno de los tipos regulados en nuestro ordenamiento jurídico; mixto, ya que presenta características que lo aproximan a la permuta y al contrato de arrendamiento de obra; y, siendo esto lo más relevante para nuestro estudio, consensual, bilateral, oneroso, y traslativo del dominio.

En atención a este carácter oneroso y traslativo del dominio, entiendo que, a día de hoy, nada puede oponerse a su aptitud como vehículo válido para acompañar al pacto de supervivencia. El punto de partida queda determinado por el hecho de que un matrimonio sea propietario de un solar y acuerde su intercambio por uno o varios pisos que se edificarán en un futuro sobre el mismo, insertando a continuación el pacto de supervivencia. Esto nos ubica en el terreno de juego exigido, al ser un intercambio oneroso.

PUJOL CAPILLA precisa que “el efecto comunicador de la adquisición se produce por el juego de la subrogación real. Y a ello se le puede añadir el efecto del acrecimiento al superviviente de la cuota que en la edificación correspondiera al cónyuge premuerto”<sup>521</sup>.

Ahora bien, cuestión más problemática, sin embargo, es la de atribuir carácter real u obligacional a la prestación de entrega por parte del cesionario. Y es que, en este caso, al ir el pacto de supervivencia

---

<sup>520</sup> *Notarios y Registradores*, Resoluciones de la DGRN Junio-2009, N° 107, <http://www.notariosyregistradores.com/RESOLUCIONES/2009-JUNIO.htm#r107>.

<sup>521</sup> PUJOL CAPILLA, P., *op. cit.*, pag. 168. En parecido sentido, tampoco MEZQUITA DEL CACHO, J.L., *op. cit.*, pag. 900, pone en duda la validez de la extensión del pacto de supervivencia a tal negocio siempre que “sea común a ambos cónyuges la contraprestación del bien que mediante la permuta se adquiere; produciéndose la nueva adquisición por el juego de la subrogación real y de la accesión”.

asociado a la conflictiva contraprestación, del modo en que se plantee tendrá o no trascendencia real.

Como recordamos, el Tribunal Supremo, hizo hincapié en que el cedente no podría obtener válidamente la propiedad de lo edificado en tanto no estuviera construido, por faltar el requisito esencial del modo o tradición. Ello plantea dos problemas:

1º El hecho de que, tras celebrarse el contrato, hasta que no se verifique la construcción efectiva del inmueble el pacto no podrá ser inscrito en el Registro de la Propiedad, pues va aparejado simplemente a una obligación de entrega.

2º La especial comunidad surgida entre los cónyuges no tendrá plenos efectos hasta el momento en que se verifique la entrega efectiva del piso o pisos acordados; sin embargo, algunas de las limitaciones y efectos, a mi entender, le serán aplicables desde el inicio, como la imposibilidad de transmitir su derecho a terceros.

3º Supuesto especialmente problemático, precisamente por su falta de inscripción, es el del fallecimiento del cónyuge antes de verificarse el final de la obra. En este caso, nos encontraremos con que el fallecido era titular de un derecho de crédito contra el cesionario, por lo que sus herederos podrían subrogarse en el mismo; pero el pacto de supervivencia previo ataba la entrega al más viviente de los cedentes. Cabe preguntarse, pues, si los herederos ocuparían el lugar del fallecido, incluso a efectos del pacto, correspondiendo pues la propiedad al último en fallecer de los herederos y el cónyuges supérstite, o bien si debería entenderse que el pacto de supervivencia tiene preeminencia sobre el derecho de los herederos, correspondiendo directamente y en exclusiva el bien a entregar al viudo.

Esta última opción, en mi opinión, es la resultaría más adecuada, de conformidad con el espíritu que anima el pacto de supervivencia; esto es, que al final de la vida en común de ambos por el fallecimiento de uno de ellos, lo adquirido conjuntamente sea exclusivamente del superviviente. En este caso, lo más parecido a adquirir la totalidad de la cosa, ya que está sin terminar, es devenir en titular único del derecho

de crédito, hasta que se verifique la conclusión de la obra.

Íntimamente vinculado con el contrato de permuta de solar por cosa futura, aunque dotado de caracteres propios, aparece el *contrato de cesión de finca o de edificabilidad a cambio de construcción futura*, regulado por la Ley 23/2001 del Parlamento de Cataluña<sup>522</sup>.

Tal contrato es definido en la propia ley, en su artículo 1, del modo que sigue:

*El contrato de cesión de una finca o de una determinada edificabilidad a cambio de la adjudicación de una construcción futura o resultante de la rehabilitación requiere, en el momento de formalizarlo, que se determinen las viviendas, los locales o las demás edificaciones con indicación de cada uno de los adjudicatarios y, cuando lo que se haya de construir o lo que resulte de la rehabilitación sean viviendas o locales de una edificación, que se constituya el régimen de propiedad horizontal como identificación necesaria.*

### **2.3.5. La dación de un bien por un tercero en pago de un crédito dinerario común de los consortes**

MEZQUITA DEL CACHO precisó que la justificación dada a los dos modelos contractuales antes examinados servía para justificar este y los tres siguientes. Teniendo en cuenta lo dicho hasta aquí, así como que el marco actual es más favorable a la hora de aceptar diferentes modelos adquisitivos, he de adherirme a su conclusión. Las mismas justificaciones antes dadas nos sirven para este y los siguientes supuestos.

Respecto de la figura que ahora nos ocupa, siempre que se trate

---

<sup>522</sup> PUIG BLANES, F.P, *Comentarios al Código Civil de Cataluña*, Tomo II, *op. cit.*, pag. 1103. Defiende la naturaleza particular de este contrato frente a figuras afines como la permuta de solar por cosa futura o cosa en formación con prestación subordinada de obra, permuta con injertos de prestaciones propias de arrendamiento de obra, contrato mixto de permuta y de ejecución de obra, o verdadera permuta de cosa presente por cosa futura.

de un crédito común a favor de los cónyuges, constituidos con carácter previo en acreedores solidarios, hecho este imprescindible, toda vez que es necesario justificar la adquisición conjunta, y dado que el artículo 1175 del Código Civil reconoce la posibilidad de ceder bienes a los acreedores en pago de deudas, debe admitirse sin duda que, en la concreción de una dación en pago de deuda se incluya el pacto de supervivencia, puesto que se trata de una entrega onerosa.

También PUJOL CAPILLA opina así y en los mismos términos, pues el requisito que resalta es el de que el crédito dinerario sea común de los consortes, de modo que la adquisición “por mitades se produce por el pago de una deuda cuyos titulares son ambos cónyuges por mitad. Siendo el efecto de la compra el mismo que el pago del precio de un determinado bien”<sup>523</sup>.

**2.3.6. La adjudicación de bienes en pago de aportación que unos consortes hubieran hecho por mitad de valor a una sociedad, y que ésta les restituya o compense con todos sus incrementos a la disolución y liquidación de la misma**

En este supuesto, el punto de partida nos sitúa ante un matrimonio que, en un momento dado, hace una aportación conjunta a una sociedad, de la que son socios. Posteriormente, cuando la sociedad va a disolverse y liquidarse, se adjudica de nuevo dicho bien a los mismos socios que hicieron la aportación, pero con la particularidad de que acuerdan que la entrega se efectúe para los dos y con pacto de supervivencia entre ellos.

En este caso, creo que a primera vista podríamos admitir sin mayor problema la inclusión del pacto de supervivencia; sin embargo, tras considerar con mayor detenimiento su viabilidad, encuentro una pega que oponer, cuyo origen radica en una cuestión simplemente lingüística o terminológica: cuando decimos que los cónyuges adquieren

---

<sup>523</sup> PUJOL CAPILLA, P., *op. cit.*, pag. 168.

de un tercero, el verbo adquirir, como he dicho, implica a mi modo de ver, adueñarse de la cosa, esto es, dirigirse a un tercero con el fin de hacer propia una cosa ajena, y, a la vez, pactar que sea para el más viviente. Ahora bien, en el supuesto concreto aquí planteado, la situación no es exactamente la misma. Ahora nos encontramos con un matrimonio que en su día hizo una aportación conjunta a una sociedad y que, en el momento de liquidación de la misma, se convierte en adjudicataria de un bien (o bienes, y que pueden ser el mismo o los mismos que aportó en su día, u otros diferentes), al que se vincula el pacto de supervivencia.

Pues bien, es precisamente en esta *adjudicación* donde yo veo el problema. Y es que, si el resto de las “adquisiciones onerosas” estudiadas y por estudiar se ajustan sin problema a la tesis dualista o unitaria, en este caso forzosamente tenemos que rechazar la dualista, y eso me hace dudar de su aptitud. Y tenemos que rechazarla, a mi modo de ver, por los argumentos siguientes.

Adquirir no es lo mismo que adjudicar; aunque toda adjudicación entrañe una adquisición, no toda adquisición proviene de una adjudicación. La adquisición es el género, y la adjudicación, una especie del mismo. Siendo esto así, a mi entender la adjudicación implica un plus de elección por parte de quien hace entrega o adjudica, quedando limitado el receptor a admitir o no, pero sin que un acto volitivo previo e inmediato determine el contenido del negocio jurídico adquisitivo. En consecuencia, nos encontramos con que el pacto debe ir vinculado a la adjudicación desde su origen, esto es, por decisión del transmitente, que es el que tiene potestad pues para incluirlo, con lo que estamos precisamente en los postulados defendidos por VALLET como eje de la tesis unitaria. Sin embargo, este mismo planteamiento chirría sobremanera si lo trasladamos a la tesis dualista, pues, ¿en qué momento tienen los cónyuges autoridad para determinar que se les adjudique a los dos y al más viviente? ¿Y con qué fundamento?

Siendo un acto oneroso tanto la aportación de bienes a una sociedad como la adquisición por adjudicación al disolverse, el ánimo



que domina uno y otro acto es, o debería ser, muy diverso, pues toda aportación conlleva que el ánimo del cedente esté imbuido de la esperanza y voluntad de que la sociedad cumpla con su objeto y perdure, no que se disuelva para así repartirse lo que quede de ella.

Es, pues, un problema causal. Mientras que no veo obstáculo en que una pareja decida en el momento de efectuar una adquisición, con el consiguiente desembolso mutuo, que esta les pertenezca a los dos y al más viviente (siendo esta premisa válida tanto para la tesis unitaria como para la dualista), esta decisión *debe faltar necesariamente* en el momento en que dicha pareja hace una aportación a una sociedad, recibiendo como contrapartida las correspondientes acciones o participaciones, pues su ánimo no puede ser que, ya en previsión de la disolución de la entidad, se les adjudiquen esos u otros bienes al superviviente. En este caso, sí veo admisible que la adquisición de los títulos en que se divida el capital social, sean acciones o participaciones, se una al pacto de supervivencia, pues cuadra perfectamente con el tipo propuesto. Pero la adquisición posterior, como adjudicación al disolverse la sociedad, y teniendo en cuenta que los propios socios serán parte decisoria en la liquidación de la entidad, me hace desconfiar.

Respecto de esto último, cierto es, por otro lado, que en el caso de la liquidación de la sociedad se entiende que durante este periodo persiste la personalidad jurídica de la misma, tal y como señalan diversas sentencias del Tribunal Supremo y resoluciones de la Dirección General de Registros y del Notariado, así como una parte de la doctrina<sup>524</sup>; pero el hecho de que los propios adquirentes sean a la vez parte integrante del sujeto transmisor, así como que la adquisición se efectúe por adjudicación, como digo, a mi modo de ver, dificultan su admisión sin más. No obstante, reconozco que cuadra en el tipo de adquisición de bien conjunta, y que, desde este punto de vista, puede perfectamente, dado su carácter oneroso, servir para acompañarse el

---

<sup>524</sup> LACRUZ BERDEJO, J.L., RIVERO HERNANDEZ, F., y otros, *Elementos...*, Tomo II, Vol, 2º, pag. 288.

pacto de supervivencia.

Una última variable debe ser contemplada, diferente pero íntimamente vinculada a todo lo dicho. Y es la posibilidad de que se el pacto de supervivencia sea empleado a través de la aportación de bienes a una sociedad para su posterior adjudicación a los mismos que lo aportaron como vehículo idóneo para encubrir el fraude de ley.

Recordemos que se ha afirmado por la doctrina que “en el fraude de ley se trata de conseguir un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico a través de la protección de una norma. Precisamente la norma de cobertura sirve de instrumento para eludir la aplicación de la norma que prohíbe el resultado a que se pretende llegar”<sup>525</sup>.

Trasladando esto al concreto supuesto que nos ocupa, partimos de que en la disolución de una sociedad son los propios socios reunidos quienes deciden cómo se va a adjudicar el patrimonio social entre ellos.

Supongamos entonces que existe una sociedad limitada cuyos únicos socios son un matrimonio, cosa bastante usual. Fácilmente podría darse el caso de que un bien cualquiera, adquirido por ambos o por uno sólo de ellos, fuera aportado a la sociedad y que, en el momento de extinguirse, los mismos cónyuges se lo adjudicaran entre ellos por mitad y al superviviente.

La finalidad de esto podría responder a la intención original de los socios de crear una sociedad simplemente para aportar el bien y luego adjudicárselo a ambos con pacto de supervivencia.

A tal situación se puede llegar de muchos modos: el matrimonio, por ejemplo, compró tiempo atrás un inmueble, y luego tuvo conocimiento de los efectos del pacto de supervivencia; o lo recibió por una donación o por título de herencia uno de ellos; o fue adquirido previamente al matrimonio.

Posteriormente, acuerdan constituir una sociedad, y se aporta dicho inmueble. Y más adelante disuelven y liquidan la sociedad, y se

---

<sup>525</sup> Así CAFFARENA LAPORTA, J, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* dirigidos por ALBALADEJO GARCIA, M. y DÍAZ ALABART, S., Tomo I, Vol. 1, Artículos 1 al 7 del Código Civil, Edersa, Madrid, 1992, pag. 850.

adjudican el bien con pacto de supervivencia.

¿Cabría admitir dicha adjudicación sin reproches, o el evidente empleo de la sociedad en fraude de ley, toda vez que la finalidad de su constitución fue la de aportar un inmueble para después recuperarlo con pacto de supervivencia, habilitaría a los herederos para determinar su nulidad?

Esta situación, por rocambolesca que pueda parecer, podría sin duda producirse. Mientras que en los otros supuestos de adquisición la propiedad la transmite un tercero, en este caso nos encontramos con una entidad cuyo ánimo puede estar determinado, o incluso constituido, por los propios adquirentes.

Por todo lo dicho entiendo que, pese a que en principio cabe admitir este supuesto, mi opinión es que se debe desconfiarse del mismo.

### **2.3.7. Transmisión onerosa de un derecho de superficie. Derecho de vuelo**

Se ha definido la superficie como el derecho real limitado en finca ajena, que “atribuye temporalmente la propiedad de las construcciones o plantaciones que estén incluidas en la misma y, en virtud del derecho de superficie, se mantiene separada la propiedad de la que se construye o planta y la del suelo en que se efectúa la construcción o plantación.”<sup>526</sup>

Dado que el Código Civil se limita a citar el derecho de superficie en el artículo 1611, sin desarrollarlo en modo alguno a lo largo de su articulado ni referirse a él de nuevo, su concepto y desarrollo, en la actualidad, lo encontramos en los artículos 40 y 41 del vigente Texto Refundido de la Ley del Suelo (Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio).

El primero de estos artículo, en su párrafo 1, no se aparta

---

<sup>526</sup> BLANQUER UBEROS, R., *Acerca del Derecho de Superficie*, Consejo General del Notariado, Madrid, 2007, pag. 154.

demasiado de la definición recogida al definir el derecho real de superficie como aquel que *atribuye al superficiario la facultad de realizar construcciones o edificaciones en la rasante y en el vuelo y el subsuelo de una finca ajena, manteniendo la propiedad temporal de las construcciones o edificaciones realizadas. También puede constituirse dicho derecho sobre construcciones o edificaciones ya realizadas o sobre viviendas, locales o elementos privativos de construcciones o edificaciones, atribuyendo al superficiario la propiedad temporal de las mismas, sin perjuicio de la propiedad separada del titular del suelo.*

Como vemos, resulta de ambas definiciones que la concreción temporal de este derecho es un factor determinante del mismo. Efectivamente, el artículo 40, en su párrafo 2, desarrollando el carácter temporal indicado en el anterior párrafo, concreta que el plazo de duración del derecho de superficie, ya sea sobre suelo público o privado, no podrá superar los noventa y nueve años.

Ahora bien, la actual Ley de Suelo, como se reconoce en el preámbulo de la misma, se desarrolló teniendo muy en cuenta la interpretación efectuada por el Tribunal Constitucional sobre los artículos 45 a 47 de nuestra Constitución, según la cual el orden competencial instaurado por la misma supone que a las Comunidades Autónomas les corresponde diseñar y desarrollar sus propias políticas en materia urbanística, mientras que al Estado le corresponde ejercer ciertas competencias que inciden sobre la materia, pero debiendo evitar condicionarla en lo posible. Por ello, el objetivo del Texto Refundido de la Ley de 2.008 fue proporcionar el marco idóneo en el que las Comunidades Autónomas pudieran ejercer sus propias competencias legislativas sobre ordenación del territorio, urbanismo y vivienda.

Partiendo de la doctrina del Tribunal Constitucional, el legislador catalán procedió a regular el derecho de superficie en el Libro V del Código Civil de Cataluña, artículos 564-1 a 564-6.

El artículo 564-1 define el derecho de superficie como *el derecho real limitado sobre una finca ajena que atribuye temporalmente la propiedad separada de las construcciones o de las plantaciones que*

*estén incluidas en la misma. En virtud del derecho de superficie, se mantiene una separación entre la propiedad de lo que se construye o se planta y el terreno o suelo en que se hace.*

La configuración del derecho de superficie supone una excepción al principio *superficies solo cedit*<sup>527</sup>, que encuentra su principal acomodo en el artículo 542-3 del Código Civil de Cataluña, pues en el mismo se consigna que a través de la accesión inmobiliaria las plantaciones, cultivos y edificaciones que se incluyan en una finca pertenecerán a los propietarios de la misma. El derecho de superficie, en consecuencia, supone una ruptura con este principio general, pues “permite separar la propiedad de lo construido con la del suelo sobre el que se construye o planta, lo que constituye la esencia”<sup>528</sup> de este derecho real, aunque siempre teniendo en cuenta que la atribución de propiedad es de carácter temporal. El plazo máximo de duración, al igual que el permitido por la Ley del Suelo estatal, es de noventa y nueve años, tal y como indica el 564-3, párrafo 2, letra a).

La normativa catalana distingue dos modalidades de derecho de superficie, según recaiga sobre construcciones o plantaciones *anteriores* a la constitución del derecho (siendo indiferente que dichas construcciones estén sobre o bajo el nivel del suelo), o bien sobre construcciones o plantaciones *posteriores* a la constitución del mismo, caso este que implica que el derecho legitima al titular del mismo a llevar a cabo la construcción o plantación.

Como consecuencia de esta clasificación, podemos afirmar que el derecho de superficie o bien atribuye de forma temporal la propiedad de un determinado inmueble, o bien faculta a edificar sobre un suelo ajeno y hacer propio lo construido, o en su caso plantado, con la limitación temporal señalada.

---

<sup>527</sup> BLANQUER UBEROS, R., *op. cit.*, pag. 11, “Todo lo que se encuentra encima o debajo del suelo –superficies- debe seguir, en principio y por regla general, el mismo régimen jurídico que el suelo y forma con el suelo un bloque objetivo, único y unitario”.

<sup>528</sup> HOLGADO ESTEBAN, J., “Comentarios al Título VI del Libro V del Código Civil de Cataluña, *Comentarios al Código Civil de Cataluña*, Tomo II, PUIG BLANES, F.P. y SOSPEDRA NAVAS, F.J. (Coords.), Cizur Menor (Navarra), Civitas - Thomson Reuters, 2011, pag. 875.

Siendo esto así, entiendo que este derecho real cumple los requisitos señalados para incluir el pacto de supervivencia, toda vez que los adquirentes del mismo pueden decidir que les corresponda a ambos en comunidad y al más viviente de ellos, con exclusión en consecuencia de sus herederos.

La única pega que podría atribuirse al derecho de superficie es su carácter temporal, pero siendo la duración del derecho de superficie, por defecto, de noventa y nueve años, no me parece que esto suponga ningún problema. Incluso en caso de que se pactara una duración menor, la única consecuencia trascendente que podría acontecer es que se extinguiera el derecho de superficie sin producirse el fallecimiento de ninguno de los cónyuges. En este caso, lógicamente, el pacto no produciría efecto alguno, pues su validez y existencia en todo caso queda limitada a la duración del derecho de los superficiarios, y no al estricto derecho de propiedad sobre el inmueble.

Diferente al derecho de superficie, aunque relacionado con el mismo, es el llamado **derecho de vuelo**. El propio Reglamento Hipotecario acentúa esta *relación-distinción* cuando, en su artículo 16, señala que será inscribible *el derecho de elevar una o más plantas sobre un edificio o el de realizar construcciones bajo su suelo, haciendo suyas las edificaciones resultantes, que, sin constituir derecho de superficie, se reserve el propietario en caso de enajenación de todo o parte de la finca o transmita a un tercero.*

Esta distinción también ha sido mantenida por el legislador catalán, pues dedica a la regulación de este derecho los artículos 567-1 a 567-6 del Código Civil de Cataluña.

En el primero de los citados artículos se define el derecho de vuelo como *el derecho real sobre un edificio o un solar edificable que atribuye a alguien la facultad de construir una o más plantas sobre el inmueble gravado y hacer suya la propiedad de las nuevas construcciones. Los preceptos del presente capítulo son de aplicación al derecho de subedificación*, para a continuación precisar que *el ejercicio*

*del derecho de vuelo comporta la legitimación para hacer construcciones, de acuerdo con el título de constitución y el planeamiento urbanístico.*

En consecuencia, a través del derecho de vuelo se legitima al titular bien a edificar una o más plantas sobre un inmueble, ya sea edificio o suelo, o bien a subedificar una o más plantas bajo el mismo, adquiriendo de forma definitiva y plena la propiedad de lo construido.

La distinción más evidente existente entre el derecho de vuelo y el de superficie es la transmisión definitiva de lo construido. En efecto, al titular de este derecho se le atribuye potestad para poder edificar en un plazo determinado para, caso de que lo haga, adquirir el dominio definitivo sobre lo construido. En este sentido, hay que entender que aunque el Código Catalán señale una limitación temporal de treinta años (artículo 567-2, párrafo 1, letra c), este plazo actúa únicamente en relación al ejercicio del derecho a construir, esto es, a la ejecución de la construcción en sí, no a la propiedad, pues de edificar en plazo se convierte directamente en propietario de lo ejecutado, sin la limitación temporal que sí persiste en el derecho de superficie.

Siendo esto así, entiendo que nada obsta a la constitución de un derecho de vuelo con el añadido del pacto de supervivencia, toda vez que constituye una adquisición onerosa, con el plus de permanencia definitiva que distingue a este derecho del de superficie.

#### **2.3.8. La atribución onerosa por tercero, a unos consortes o pareja de hecho, de un derecho de renta vitalicia que ambos deban satisfacer por mitad**

El Código Civil regula el contrato aleatorio de renta vitalicia en los artículos 1802 a 1808. En el primero de estos, se define como aquel contrato mediante el cual se *obliga al deudor a pagar una pensión o rédito anual durante la vida de una o más personas determinadas por un capital en bienes muebles o inmuebles, cuyo dominio se le transfiere desde luego con la carga de la pensión.*

Se caracteriza, pues, este contrato porque una persona, bien el

propio contratante de la renta, bien un tercero favorecido, se hace beneficiaria de una renta a cambio de la transmisión de bienes muebles o inmuebles.

Según la definición dada, son hasta cuatro las personas que pueden concurrir en este contrato: el que entrega el capital, el que lo recibe con la obligación de pago de la pensión o rédito, el que la cobrará y la persona cuya vida determina la duración de la obligación de pago de la pensión. En la práctica, sin embargo, lo usual es que únicamente encontremos dos personas, ya que lo habitual es que quien entrega el capital reciba la pensión durante toda su vida<sup>529</sup>.

En cuanto a la naturaleza de este contrato, ha sido discutida. Una parte de la doctrina opina que el contrato de renta vitalicia es un contrato oneroso y sinalagmático, pues la entrega de capital actúa como contraprestación de la obligación de pago de la renta fijada. Sin embargo, esta precisión es discutida por otros autores, que defienden su naturaleza unilateral. Así, se han indicado que era un contrato real y unilateral<sup>530</sup>, al entender que, al no surgir la obligación de pago de la pensión hasta la entrega efectiva del capital, no se generaban obligaciones, una vez perfeccionado el contrato, más que para el deudor de la renta<sup>531</sup>.

Frente a tal opinión, se ha expuesto el argumento de que “el contrato de renta vitalicia es de cambio de prestación de capital por prestación de renta, por tanto, oneroso y sinalagmático. No se podría

---

<sup>529</sup> CASTAN TOBEÑAS, J., *Derecho Civil Español, Común y Foral. Derecho de Obligaciones. Las Particulares Relaciones Obligatorias*. Tomo Cuarto, *op. cit.*, pag. 664.

<sup>530</sup> ALBALADEJO GARCIA, M., *Derecho Civil*, Tomo II, *op. cit.*, pags. 424 a 429. Cuando decimos que un contrato es unilateral o bilateral (o sinalagmático) no estamos haciendo referencia a las partes que lo integran, pues todo contrato requiere necesariamente de dos o más partes, sino a las *obligaciones* que surgen del mismo, esto es, si sólo se generan obligaciones para una de las partes (como en la donación), o bien para ambas de forma recíproca (como en la compraventa).

Igualmente importante es la distinción entre contratos consensuales y reales, siendo los primeros aquellos que se perfeccionan por el mero consentimiento, de modo que la entrega de la cosa que constituye el objeto del contrato pertenece a la fase de ejecución del mismo, siendo su finalidad por lo general extinguir la obligación nacida del contrato tras su perfeccionamiento. En los reales, por el contrario, la entrega de la cosa tiene lugar en la fase de formación o constitución del contrato, determinando la válida existencia de este (como en el préstamo).

<sup>531</sup> CASTAN TOBEÑAS, J., *Derecho Civil Español, Común y Foral*, Tomo IV, *op. cit.*, pag. 661.



llamar unilateral por la mera circunstancia de que una de las prestaciones se haga primero y la otra después”<sup>532</sup>.

Tal diferenciación, sin embargo, a los efectos de nuestro estudio tiene escasa relevancia, pues su naturaleza onerosa es evidente. En este sentido, se ha señalado por la doctrina que aunque los contratos bilaterales son siempre onerosos, no todos los contratos onerosos son necesariamente bilaterales, admitiendo así el carácter oneroso de determinados contratos unilaterales, pues en ocasiones “el beneficio que una parte recibe a cambio de su obligación, es una prestación actual, y no que la otra parte quede obligada a su favor”<sup>533</sup>, como ocurre, por ejemplo, en el préstamo con interés.

En el caso de la renta vitalicia, la nota de onerosidad aparece, como hemos visto, en ambos casos: o bien aparece al entenderse que existe efectivamente una reciprocidad de prestaciones, pues uno de los contratantes obtiene una renta periódica a cambio de la entrega de unos bienes muebles o inmuebles; o bien surge al interpretarse que el pago de la pensión es la única obligación que nace del contrato, toda vez que la entrega de los bienes se produce desde el inicio y actúa como elemento constitutivo del mismo.

En cuanto a su naturaleza aleatoria, ofrece pocas dudas, ya que el límite temporal del pago de la renta es siempre incierto una vez reconocido su carácter vitalicio, por lo que dicha obligación perdurará hasta el fallecimiento de la persona o personas designadas.

De cualquier forma, lo relevante de este contrato, más allá de su carácter aleatorio, es que, como contrato oneroso, puede operar sin duda como vehículo válido para la inclusión del pacto de supervivencia. No debemos olvidar en este sentido que la sentencia de 17 de marzo de

---

<sup>532</sup> LACRUZ BERDEJO, J.L., RIVERO HERNANDEZ, F., y otros, *Elementos de Derecho Civil*, Tomo II, Vol. 2º, *op. cit.*, pag. 313.

ALBALADEJO GARCIA, M., *Derecho Civil*, Tomo II, *op. cit.*, pag. 844. Es de semejante opinión, pues tras reconocer que en un principio fue partidario de considerar al contrato como real, admitió que “es más acertado estimar que el contrato en estudio es consensual, de modo que sin necesidad de entrega, por el simple acuerdo de los interesados, uno queda obligado frente al otro a transferir la cosa prometida, y este a pagarle la renta de que se trate”.

<sup>533</sup> ALBALADEJO GARCIA, M., *Derecho Civil*, Tomo II, *op. cit.*, pags. 424 y 425.

2003 del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña ya fundamentó la equiparación de la compraventa a otras adquisiciones onerosas, resolviendo sobre la validez de un pacto de supervivencia aunado a un contrato de renta vitalicia<sup>534</sup> antes de que se plasmara legalmente esta concepción mediante la última reforma efectuada por el Código Civil Catalán. Como hemos indicado previamente, el Tribunal Superior resolvió destacando que *l' expressió compres no equival necessàriament a contracte de compra-venda en sentit jurídic i que reuneixi tots els requisits propis del contracte de compra-venda, sinó que l'expressió compres es pot referir igualment a qualsevol altre transmissió fonamentada en una causa onerosa, que el llenguatge vulgar pot assimilar a una compra-venda, perquè la compra-venda és sens dubte el prototipus del contracte transmissiu que es fonamenta en una causa onerosa.*

Distinto del contrato de renta vitalicia, aunque íntimamente relacionado con el mismo, es el **contrato de alimentos**, al que antes de la reforma de 2003 efectuada sobre el Código Civil se denominaba *contrato vitalicio*. Se regulación ocupa los artículos 1791 a 1797 del citado Código, y en el primero de ellos se establece que *por el contrato de alimentos una de las partes se obliga a proporcionar vivienda, manutención y asistencia de todo tipo a una persona durante su vida, a cambio de la transmisión de un capital en cualquier clase de bienes y derechos.*

Como vemos, este contrato se diferencia de la renta vitalicia en que, en lugar de intercambiar una pensión o rédito anual durante la vida de una persona por un capital, en este caso lo que se pacta es la aportación de vivienda, manutención y, en fin, toda clase de asistencia

---

<sup>534</sup> En el fundamento de derecho primero de la misma, párrafo “A”, podemos leer: “El día 13 de noviembre de 1970 es va atorgar una escriptura pública anomenada de cessió a renda vitalícia, en la qual el senyor José Miguel transmetia als consorts senyors Fermin i Filomena una finca de la seva propietat coneguda per «Port de la Vall», que es troba al port de la Selva a canvi d'una pensió vitalícia de sis mil pessetes mensuals, amb el pacte que els consorts esmentats adquirien la finca objecte del contracte per meitats indivises i que el sobrevivent d'ells adquiriria la totalitat de la finca”.

a una persona durante su vida, a cambio de ese capital. Siendo, pues, ambos contratos onerosos y aleatorios, lo que los diferencia es el contenido concreto de una de las prestaciones (renta por asistencia), ya que la entrega de un capital en bienes muebles o inmuebles a cambio se mantiene<sup>535</sup>.

En concreto, el contrato de alimentos se caracteriza porque la labor del alimentante es mixta, implicando tanto un dar como un hacer, que se especifican en la prestación de todo tipo de asistencia al alimentista, junto con el deber de proporcionarle vivienda y manutención<sup>536</sup>.

En esta labor a desempeñar, se revela la aleatoriedad del contrato, que estriba precisamente en el desconocimiento por ambas partes del término final del vínculo, que dependerá de la duración de la vida del alimentista, y de la cuantía de la prestación alimenticia, que puede variar en función de las necesidades del mismo<sup>537</sup>.

Por ello, frente a aquellas posturas que han defendido que la aleatoriedad carece de trascendencia en este contrato, se ha objetado que el alea goza aquí de la misma relevancia que en el resto de contratos aleatorios, dado que los contratantes desconocen de antemano la entidad del riesgo que cada uno asume, de modo que ninguno puede saber si finalmente obtendrá una ventaja o una pérdida<sup>538</sup>.

El origen del contrato de alimentos lo encontramos en la citada reforma del Código Civil efectuada por la Ley de 18 de noviembre de 2003, de protección de patrimonial de las personas con discapacidad,

---

<sup>535</sup> LACRUZ BERDEJO, J.L., RIVERO HERNANDEZ, F., y otros, *Elementos de Derecho Civil*, Tomo II, Vol. II, *op. cit.*, pag. 319 insisten en las características que diferencian ambos contratos, apuntando que, pese a que algunos civilistas el contrato de alimentos constituye una modalidad del de renta vitalicia, para la mayoría constituyen dos negocios distintos.

<sup>536</sup> CASTILLA BAREA, M., “Del contrato de alimentos. Artículos 1791 a 1797”, *Comentarios al Código Civil*, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Coord.), Aranzadi – Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2009, pag. 2051.

<sup>537</sup> ECHEVARRIA DE RADA, T., “El nuevo contrato de alimentos: estudio crítico de sus caracteres”, *Boletín del Ministerio de Justicia*, Año 60, N° 2019-2020, 2006, pags. 3463 y 3464.

<sup>538</sup> *Ibidem*.

que regula un modelo contractual hasta entonces limitado a la práctica jurídica y a la jurisprudencia del Tribunal Supremo. En la exposición de motivos de dicha ley se destaca que su desarrollo normativo supone una superación de las posibilidades del contrato de renta vitalicia, ya que el contrato de alimentos parece un vehículo más apto para atender a las necesidades económicas de las personas con discapacidad y dependencia<sup>539</sup>.

Deben diferenciarse, pues, estos alimentos convencionales, contrato oneroso y aleatorio, que tiene su origen en un acuerdo de voluntades, de los alimentos entre parientes que regula el Código Civil de Cataluña en los artículos 237-1. Asentada esta distinción, por otro lado muy clara y nada conflictiva, no creo que exista duda alguna sobre su utilidad como medio de adquisición onerosa válido para adjuntarse al pacto de supervivencia. Al igual que la renta vitalicia, muy bien puede servir el contrato de alimentos como instrumento mediante el cual los alimentantes-cesionarios incorporen al bien o bienes cedidos el acuerdo de que el superviviente de ambos devenga único titular de los mismos, una vez se produzca el previo fallecimiento del alimentista.

### **2.3.9. La constitución de una sociedad**

Este caso es planteado por PUJOL CAPILLA de forma superficial, pues inmediatamente sentencia que su aplicación nos situaría fuera del ámbito del artículo 44 del Código de Familia para recaer en la

---

<sup>539</sup> CASTILLA BAREA, M., *op. Cit.*, pag.2051. Lamenta que, procediendo el texto vigente de la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, que perseguía atender a las personas necesitadas de asistencia y discapacitadas, una vez inserto en el Código Civil tal finalidad se ha diluido. En concreto, fuera del motivo expuesto puede parecer injusto el trato dado a alimentante y alimentista, toda vez que no es requisito necesario que el segundo se encuentre en una situación patrimonial peor que la del primero.

ALBALADEJO GARCIA, M., *Derecho Civil II, op. cit.*, pag. 848, en idéntico sentido, reconoce que, pese a su origen en la Ley citada, el contrato de alimentos “no es contrato para alimentar sólo a discapacitados, sino a cualquiera”.

ECHEVARRIA DE RADA, T., *op. cit.*, pag. 3462, sin embargo, percibe que el evidente desequilibrio entre las posiciones de las partes, que se deduce de la regulación del contrato, fundamentalmente en lo cuanto a los efectos restitutorios de la resolución para el deudor de la prestación alimenticia, y que se justifica en el ámbito de la Ley que lo ha introducido, determina que no vaya a utilizarse por personas que no se encuentren en esas circunstancias especiales.

autonomía de voluntad del 1255 del Código Civil<sup>540</sup>.

Ahora bien, teniendo en cuenta el marco más amplio que proporciona el Código Civil de Cataluña frente al derogado Código de Familia, quizá si merezca la pena que nos detengamos, aunque sea brevemente, toda vez que la sociedad constituye un contrato oneroso, al decir de la doctrina.<sup>541</sup>

Con anterioridad, algo he apuntado ya a este respecto al hablar de la posibilidad de aplicar el pacto de supervivencia a las adjudicaciones derivadas de la liquidación de una sociedad<sup>542</sup>. La opinión que entonces manifesté es que cabe la posibilidad de admitir que un matrimonio adquiera una participación en una sociedad con pacto de supervivencia. Sin embargo, esto debe ser matizado.

En primer lugar, debemos distinguir que la sociedad sea de naturaleza civil o mercantil.

En el caso de las sociedades mercantiles, dadas las limitaciones que existen a la hora de transmitir acciones o participaciones, entiendo que hemos de detenernos en primer lugar en su regulación concreta.

En cuanto a la sociedad limitada, el artículo 107 de la Ley de Sociedades de Capital regula el régimen de transmisión voluntaria de las mismas por actos inter vivos, indicando que, *salvo disposición contraria de los estatutos, será libre la transmisión voluntaria de participaciones por actos inter vivos entre socios, así como la realizada en favor del cónyuge, ascendiente o descendiente del socio o en favor de sociedades pertenecientes al mismo grupo que la transmitente. En los demás casos, la transmisión está sometida a las reglas y limitaciones que establezcan los estatutos y, en su defecto, las establecidas en esta Ley.*

---

<sup>540</sup> PUJOL CAPILLA, P., *op. cit.*, pag. 169.

<sup>541</sup> Véanse por todos LACRUZ BERDEJO, J.L., RIVERO HERNANDEZ, F., y otros, *Elementos de Derecho Civil*, Tomo II, Vol. 2º, pag. 262. , según señalan LACRUZ – RIVERO: “Por su propio concepto, el del artículo 1665, la sociedad es un contrato oneroso: cada consocio aporta lo suyo en vista de las aportaciones ajenas, y entre todas las aportaciones se supone que existe una equivalencia subjetiva”. Aunque estos mismos autores dudan de que, dada la pluralidad de aportantes que pueden concurrir, su carácter sinalagmático no sea discutible.

<sup>542</sup> *Vid. Supra* en este mismo capítulo, apartado I, subapartado 2.3.9º.

En relación con la transmisión *mortis causa*, el artículo 110 sanciona que *la adquisición de alguna participación social por sucesión hereditaria confiere al heredero o legatario la condición de socio*.

Señalo lo dicho en ambos artículos ya que, a raíz de las conclusiones expuestas en el presente trabajo sobre la naturaleza jurídica del pacto de supervivencia, defendí que, bajo mi punto de vista, nos encontramos con una variedad de pacto sucesorio, pero sin dejar de reconocer el carácter de negocio *inter vivos* que le atribuyen tanto la jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña como buena parte de la doctrina.

Sin embargo, ciñéndonos estrictamente a los efectos de lo que ahora tratamos, tanto desde un punto de vista como del otro parece perfectamente factible la inclusión del pacto de supervivencia a la hora de adquirir las participaciones, siempre y cuando, eso sí, los estatutos sociales no dispongan otra cosa.

En la sociedad anónima, el marco es aún más favorable: el artículo 123 precisa que *sólo serán válidas frente a la sociedad las restricciones o condicionamientos a la libre transmisibilidad de las acciones cuando recaigan sobre acciones nominativas y estén expresamente impuestas por los estatutos*, siendo obligación del administrador de la sociedad, según el artículo 120, inscribir el cambio de titular en el libro-registro de socios tan pronto como tenga conocimiento de la transmisión de acciones nominativas.

Respecto de las acciones al portador, el artículo 120, en su párrafo 2, remite para la transmisión de las acciones al portador al artículo 545 del Código de Comercio, el cual se limita a remarcar que *los títulos al portador serán transmisibles por la tradición del documento*.

De esto se deriva que sobre las acciones al portador, en principio, no parece haber obstáculo alguno para sujetar su adquisición al pacto de supervivencia, mientras que las nominativas sí pueden encontrar oposición caso de que los estatutos prevean límites a su libre transmisión. En este supuesto, dependerá ya del caso concreto el que puedan vincularse al pacto o no.

En cuanto a las transmisiones *mortis causa*, el artículo 124 remite a los estatutos sociales, que expresamente deberán recoger las limitaciones impuestas a este tipo de adquisiciones, puntualizando en su párrafo 2 que, caso de que dichas limitaciones se establezcan, en el momento en que el heredero solicite la inscripción de las acciones a su nombre, la sociedad deberá presentar un adquirente para las mismas o bien ofrecerse ella misma a adquirirlas por su valor razonable.

Por lo tanto, salvo que los estatutos sociales lo prevean expresamente, no parece que ni *inter vivos* ni *mortis causa* exista una prohibición genérica de que, tras el fallecimiento de un socio, su cónyuge se convierta, en virtud del pacto de supervivencia, en titular de las acciones o participaciones sociales del fallecido. Más bien lo contrario: el flexible marco de las sociedades de capital parecen dar pie a este tipo de transmisiones, siempre y cuando, repito, los estatutos sociales no lo impidan.

En las sociedades civiles, si permisivo y amplio es el marco de las mercantiles, el ámbito de libertad de regulación de las mismas es aún mayor, por lo que pocas dudas se ofrecen al respecto.

Ahora bien, dado que la sociedad civil permite optar por distintos modelos, ya sea universal o particular, conviene pergeñar al menos unas someras reflexiones.

Como recordaremos, la sociedad universal puede ser de todos los bienes presentes o de todas las ganancias, mientras que la particular tiene por objeto cosas determinadas, su uso, o sus frutos, una empresa señalada, o incluso el ejercicio de una profesión o arte<sup>543</sup>. En su momento, nos referimos a la sociedad como posible forma jurídica del pacto de supervivencia, al estudiar su naturaleza. Ahora, el planteamiento es muy diverso, pues nos acercamos a ella como negocio jurídico oneroso que puede dar lugar a la inclusión del pacto.

Desde esta perspectiva, no cabe sino admitir, bajo cualquiera de sus formas, el contrato de sociedad civil como susceptible de ajustarse

---

<sup>543</sup> *Vid supra*, Capítulo Segundo, apartado II, subapartado 2.1.3.2.

a los requisitos exigidos por el Código Civil de Cataluña, pues en todo caso nos referimos a adquisiciones onerosas. Independientemente de que se aporten todos los bienes presentes y ganancias futuras, sólo estas últimas o bienes concretos, lo que se someterá al pacto de supervivencia no serán dichos bienes, sino *la participación* misma en la sociedad civil. Con ello, quiere decirse que un matrimonio podría decidir que constituye, bien por sí mismo únicamente o bien junto a más personas, una sociedad civil cualquiera, de modo que tras el fallecimiento de uno de ellos, continúe el otro como titular exclusivo de su participación, a todos los efectos.

Este planteamiento encuentra incluso cierto refuerzo legal, más allá de la voluntad de los socios constituyentes y de los estatutos, en el artículo 1704 del Código Civil, que confirma la validez del pacto referido a que tras el fallecimiento de uno de los socios continúe su heredero como tal, entendiendo en este caso el pacto de supervivencia como un negocio *mortis causa*, claro está.

Sin embargo, sin necesidad de acudir al 1704, y poniendo en conocimiento de los socios la voluntad de vincular la aportación a la supervivencia de uno de los cónyuges, siempre se podrá estar a lo que determinen sus consocios, caso de que los haya. En el supuesto contrario, (y aún en ese de acordarse su validez), los únicos que podrían tener algo que decir serían los herederos del causante; pero, fuera lo que fuere aquello, la respuesta no sería diferente caso de vincularse el pacto a un bien inmueble, pues el efecto es el mismo: pretender desvincular el bien objeto del pacto del haber hereditario.

### **2.3.10. Otros negocios onerosos**

Teniendo en cuenta los inciertos límites que pueden trazarse alrededor de la amplia fórmula “adquirir bienes a título oneroso” que consagra el artículo 231-15, creo oportuno hacer referencia, aunque sea a modo de apresurado bosquejo, a otros negocios jurídicos que pueden verse afectados por el pacto de supervivencia.



### 2.3.10.1. Los censos

Tal y como ha señalado la doctrina, los censos constituyen un derecho real inmobiliario<sup>544</sup>, siendo sus características esenciales que su objeto ha de ser necesariamente un bien inmueble, y que su duración debe ser perpetua o indefinida, aunque redimible a voluntad del censatario<sup>545</sup>.

El Código Civil regula los censos en su Libro IV, y reconoce tres modalidades: el enfitéutico, el consignativo y el reservativo. Por el contrario, el Código Civil de Cataluña únicamente admite dos clases: el enfitéutico y el vitalicio, según veremos, que desarrolla en su Libro V, dedicado a los Derechos Reales, artículos 565-1 y siguientes.

Por censo se entiende de modo genérico, de acuerdo con el cuerpo legal catalán, aquella prestación periódica dineraria anual, de carácter perpetuo o temporal, que se vincula con carácter real a la propiedad de una finca para, de este modo, garantizar su pago directa e inmediatamente<sup>546</sup>.

Las principales diferencias que caracterizan al censo vitalicio frente al enfitéutico son, por un lado, su duración, y por otro su carácter redimible: el censo es *enfitéutico* si se constituye con carácter perpetuo y redimible a voluntad del censatario, y *vitalicio* si se constituye con carácter temporal e irredimible a voluntad del censatario (sin perjuicio en este caso de que pueda pactarse la redimibilidad de forma expresa)<sup>547</sup>.

En la práctica, lo más habitual es que el censo quede constituido de forma contractual al transmitirse una finca, quedando obligado el adquirente-censatario a recibir el inmueble con la carga real del pago de

---

<sup>544</sup> Así O'CALLAGHAN MUÑOZ, X., *Código Civil comentado y con jurisprudencia*, La Ley, Madrid, 2012, pag.1766.

<sup>545</sup> En este sentido, ESPIN CANOVAS, D., *Manuel de Derecho Civil Español*, Volumen II, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1968, pags. 360 y 361.

<sup>546</sup> HOLGADO ESTEBAN, J., *op. cit.*, pags., 887 y 888.

<sup>547</sup> El artículo 565-1 dedica su párrafo 2, con vocación indudablemente doctrinal, a concretar que *recibe el nombre de censatario la persona que está obligada a pagar la pensión del censo, que es el propietario o propietaria de la finca, y el de censalista, la persona que tiene derecho a recibirla, que es el titular o la titular del derecho de censo.*

la pensión por el tiempo establecido a favor del transmitente-censualista<sup>548</sup>, que es el caso contemplado por el artículo 565-3 letra “a”, como primera modalidad de constitución del censo mediante contrato<sup>549</sup>.

La segunda opción contractual contemplada por dicho artículo en su apartado “a” es el *revessejat*, consistente en que se constituya el censo por el propietario de la finca cediendo a un tercero el derecho a percibir la pensión anual.

Teniendo esto en cuenta, podría darse el caso de que el pacto de sobrevivencia se incluyera como parte del derecho a recibir la pensión. Sabiendo que el censo puede quedar constituido a favor de varias personas válidamente, tal y como se desprende del artículo 565-28 en cuanto al censo enfiteútico, y del 565-29 en cuanto al vitalicio, podría ser una opción interesante. En este caso, partiendo de que los censuistas sean un matrimonio, serviría para garantizar que la pensión pactada quede en manos de ambos cónyuges o del más viviente, evitando la entrada de los herederos.

Sin embargo, entiendo que donde el pacto de supervivencia realmente podría tener mayor trascendencia es entre los censatarios cuando estos sean adquirentes de la finca gravada con el censo. Siendo así, nada obsta a que se reciba un bien determinado entre dos censatarios y para el superviviente, asumiendo la obligación de pago de la pensión de igual forma. Nos encontraríamos en este caso en una adquisición onerosa muy semejante a la compraventa, donde lo único que realmente cambia es la forma de pago y la constitución del gravamen del censo sobre la finca.

Desde esta perspectiva, hay que precisar, claro está, que el supuesto planteado excluye necesariamente el *revessejat*, pues al no

---

<sup>548</sup> AVILA NAVARRO, P., *Formularios Notariales*, Tomo IV, Bosch, 1992, Barcelona, pags. 118 y 119; y HOLGADO ESTEBAN, J., *op. cit.*, pag., 889.

<sup>549</sup> El Código Civil de Cataluña, en su artículo 565-3 reconoce como títulos de constitución del censo, junto al contrato de establecimiento, la disposición por causa de muerte y la usucapión. Dado que a los efectos del presente trabajo nos interesa únicamente el censo constituido en contrato como modo de adquisición onerosa, no me detendré en los otros títulos.

haber transmisión de la propiedad no tiene sentido su consideración como modo de adquirir oneroso, no dando lugar siquiera, a mi entender, a aparejar el pacto al derecho de percibir la pensión.

En otro orden de cosas, el censo enfitéutico presenta dos particularidades a las que merece la pena prestar atención, aunque sea de modo breve.

Por un lado, en caso de que se haya pactado, el censualista, o titular del derecho de censo, puede tener derecho a una determinada cantidad si se produce la transmisión de la finca. Es el llamado *laudemio*. En este supuesto, según se ha dicho, dado que el censo puede quedar constituido a favor de varias personas, estas tendrán derecho al laudemio, pudiendo en consecuencia fijarse que este derecho quede también afecto por el pacto de supervivencia, caso de que uno de los censualistas haya fallecido.

La otra figura interesante la constituye el *derecho de fadiga*, que en principio corresponde únicamente al censatario, salvo pacto expreso en el título de constitución.

Según reza el artículo 565-23, párrafo 2, por el derecho de fadiga, bien el censatario, bien el censualista si así se ha establecido, *pueden ejercer el derecho de tanteo o el derecho de retracto, para adquirir, respectivamente, el derecho de censo o la finca gravada que hayan sido enajenados a título oneroso, por el mismo precio y en las condiciones convenidas con el adquirente.*

Pese a que suponga adelantar algo sobre lo que hablaré a continuación en relación con los derechos de adquisición, de lo transcrito podemos concluir que el ejercicio de este derecho no parece incompatible, en principio, con el pacto de supervivencia, toda vez que da lugar a una auténtica adquisición onerosa<sup>550</sup>. En caso de que los

---

<sup>550</sup> Cuestión distinta, eso sí, es la del empleo actual de esta institución. O'CALLAGHAN MUÑOZ, X., "*Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Tomo XX, Vol. 3, Artículos 1604 a 1664, Edersa, Madrid, 1.982, pags. 12 y 13, afirma que hoy en día los censos no tienen sentido ni responden a la realidad, tal y como están concebidos en el Código Civil, afirmando incluso que "no hay un solo autor que los defienda". También precisa que en Cataluña "ya hace años que podemos decir que no se constituye censo alguno". Esta opinión es compartida, por ejemplo, por CAMARA AGUILA, P., "De los censos. Artículos 1604 a 1664", *Comentarios al Código Civil*,

censatarios o los censualistas formen un matrimonio y uno de ellos fallezca, el derecho de tanteo o retracto correspondería en exclusiva al superviviente, con exclusión de los posibles herederos, lo que casa con lo dispuesto en el artículo 231-15 párrafo 1, al convertirse en titular único de la totalidad del derecho.

### **2.3.10.2. Los derechos de adquisición**

Sin ánimo de ser exhaustivos, el artículo 568-1 distingue entre derechos de adquisición voluntaria y derechos de adquisición legales del siguiente modo:

1. Son derechos de **adquisición voluntaria** los siguientes:

a. **La opción**, que faculta a su titular para adquirir un bien en las condiciones establecidas por el negocio jurídico que la constituye.

b. **El tanteo**, que faculta a su titular para adquirir a título oneroso un bien en las mismas condiciones pactadas con otro adquirente.

c. **El retracto**, que faculta a su titular para subrogarse en el lugar del adquirente o la adquirente en las mismas condiciones convenidas en un negocio jurídico oneroso una vez ha tenido lugar la transmisión.

2. El tanteo y el retracto son **derechos de adquisición legales** en los casos en que lo establece el presente código. Estos derechos se rigen por la norma sectorial específica correspondiente.

Según define genéricamente la doctrina, “los derechos de adquisición son aquellos que facultan a su titular, bien por acuerdo de las partes o por ministerio de la ley, a adquirir un determinado bien en determinadas circunstancias o con preferencia a otros adquirentes”<sup>551</sup>.

Dado que la finalidad de estos derechos no es otra, en definitiva, que la adquisición de un determinado bien, siempre que esta adquisición conlleve una contraprestación para el adquirente, esto es, tenga carácter oneroso, entiendo que es susceptible de vincularse al

---

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Coord.), Aranzadi – Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2009, pag.1873.

<sup>551</sup> HOLGADO ESTEBAN, J., *op. cit.*, pag.943.

pacto de supervivencia, toda vez que el artículo 568-4 admite las situaciones de cotitularidad de estos derechos, de modo que bien pueden ser adquiridos por un matrimonio, independientemente de su régimen económico matrimonial, o por una pareja de hecho.

Esta posibilidad de inclusión del pacto, si atendemos al contenido del artículo 568-1, podrá tener lugar siempre en los derechos de tanteo y retracto voluntarios, toda vez que el citado artículo exige la adquisición por título oneroso para su incorporación, mientras que en el caso del derecho de opción deberemos fijarnos en cada caso concreto a fin de determinar la existencia o no del requerido carácter oneroso.

En cuanto al tanteo y retracto legales, igualmente habrá que atender a cada caso concreto a fin de descubrir si dan lugar a una adquisición onerosa. Como ejemplo reciente podemos citar el derecho de *fadiga* en los censos, antes ya examinado.

### **2.3.10.3. Los contratos aleatorios**

Mucho se ha dicho ya en este trabajo sobre los contratos aleatorios, especialmente al analizar los estudios de VALLET DE GOYTISOLO y VIRGILI SORRIBES. Por ello, en este momento únicamente plantearé aquellas cuestiones relevantes en cuanto a su cualidad de modo de adquirir oneroso.

Los contratos onerosos, entre otras clasificaciones, pueden ser distribuidos en *conmutativos* y *aleatorios*. Conmutativos son aquellos contratos en que las prestaciones están constituidas por cosas o servicios conocidos, cuyo valor es conocido por las partes; por el contrario, son aleatorios aquellos en que la prestación de una de las partes queda sometida al *alea* o azar<sup>552</sup>.

Los contratos aleatorios son necesariamente onerosos. Como tales los reconoce explícitamente el Código Civil, que en su artículo 1790 los define, con discutible fortuna, indicando que en los mismos bien una de

---

<sup>552</sup> Véase LACRUZ BERDEJO, J.L., RIVERO HERNANDEZ, F., y otros, *op. cit.*, pag. 298.

las partes, bien ambas de forma recíproca, *se obligan a dar o hacer alguna cosa en equivalencia de lo que la otra parte ha de dar o hacer para el caso de un acontecimiento incierto, o que ha de ocurrir en tiempo indeterminado.*

Esa equivalencia en las obligaciones establecidas define el carácter oneroso de los contratos aleatorios.

El Código Civil, al que hemos de remitirnos en materia de contratos hasta que sea promulgado el Libro VI del Código Civil de Cataluña, como se ha dicho, enumera y regula varios tipos de contratos aleatorios: los ya estudiados contratos de renta vitalicia y alimentos, y el de juego y apuesta. Sin embargo, es ampliamente aceptado que esta enumeración no implica un *numerus clausus*, de modo que junto a esos contratos aleatorios típicos son reconocidos otros atípicos, como puede serlo el contrato de lotería.

Una vez dicho esto, y toda vez que ya hemos examinado previamente en este mismo capítulo dos de las posibles modalidades de contratos aleatorios a los que puede unirse el pacto de supervivencia, simplemente resta indicar la aptitud que, a mi parecer y en general, presentan estos contratos para coexistir junto con el pacto de supervivencia, toda vez que pueden conllevar la adquisición de bienes de forma por supuesto onerosa.

En este sentido, y por atender a los contratos típicos regulados por el Código Civil, podemos fácilmente comprobar que, al menos en teoría, podría acordarse válidamente un pacto de supervivencia en una adquisición derivada del juego o la apuesta.

En los contratos aleatorios de juego y apuesta, los celebrantes asumen la obligación de realizar una prestación a favor del que resulte victorioso<sup>553</sup>; a lo que podría añadirse, caso de que dicha prestación consistiera en la entrega a título de dueño de un determinado bien o conjunto de bienes y una de las partes, o las dos, estuvieran

---

<sup>553</sup> ALBALADEJO GARCIA, M., *Derecho Civil*, Tomo II, *op. cit.*, pag. 835. Define los contratos aleatorios de juego y apuesta indicando que existen dichos contratos “cuando las partes se obligan a que la que pierda en el juego o yerre en la apuesta de que se trate, realice determinada prestación a favor de la que gane o acierte”.

constituidas por un matrimonio, *que adquirirán conjuntamente y para el que de ellos sobreviva.*

No cabe duda, pues, de que se cumplen los requisitos exigidos por el Libro IV del Código Civil Catalán; aunque, debo de admitirlo, realmente me cuesta imaginar un supuesto práctico donde realmente se llegue a considerar su aplicación. Sin embargo, a efectos puramente teóricos, no reconozco tacha que oponer.

Por otro lado y para terminar este largo apartado, podemos detenernos brevemente en el que acaso pueda ser considerado como el contrato aleatorio paradigmático: **el contrato de seguro.**

Independientemente de que su naturaleza sea o no exclusivamente mercantil<sup>554</sup>, el objeto mismo del contrato parece excluir su idoneidad como instrumento jurídico oportuno para la adhesión del pacto de supervivencia. Recordemos que la Ley del Contrato de Seguro de 1.980, en su artículo 1, define como contrato de seguro aquel por el cual *el asegurador se obliga, mediante el cobro de una prima y para el caso de que se produzca el evento cuyo riesgo es objeto de cobertura, a indemnizar, dentro de los límites pactados, el daño producido al asegurado o a satisfacer un capital, una renta u otras prestaciones convenidas.* Sin duda podemos percibir que se trata de un contrato “individual y aleatorio para ambos contratantes”<sup>555</sup>.

Ahora bien, independientemente de su carácter aleatorio y sin duda oneroso, nos interesa detenernos en el objeto que lo constituye, esto es, las dos prestaciones que lo integran: por un lado, el pago periódico de una prima y, por otro, el pago de una indemnización caso

---

<sup>554</sup> Así opina ALBALADEJO, *ibid.*, pag. 834, al sentenciar que, con la derogación de los artículos consagrados por el Código Civil al contrato de seguro tras la entrada en vigor de la Ley de Contrato de Seguro de 1.980, se terminó con la posible distinción existente entre contratos de seguro civiles y mercantiles, “distinción, por otro lado, ya irreal antes de la nueva ley, puesto que aun entonces, por los requisitos exigidos a los aseguradores y por ser constitutiva de acto de comercio la contratación de seguros, realmente caía dentro del Derecho Mercantil, de modo que ni se daban ni se dan ahora, seguros civiles”.

En el mismo sentido, LACRUZ BERDEJO, J.L., RIVERO HERNANDEZ, F., y otros, *op. cit.*, pags. 306 y 307, citando a GARRIGUES, apuntan también que todo seguro constituye un acto de comercio, dada la exigida naturaleza de comerciante del asegurador, extremo este que, matizan, es aceptado por “la doctrina más común”.

<sup>555</sup> Siguiendo a LACRUZ BERDEJO, J.L., RIVERO HERNANDEZ, F., y otros, *op. cit.*, pag. 304.

de que se produzca el *alea convenido*. Es claro que quien paga la prima se arriesga a que el evento asegurado nunca se produzca o no tenga lugar del modo o en el tiempo esperado, mientras que el se compromete a afrontar la indemnización se compromete precisamente en el caso contrario.

Atendiendo a los sujetos del contrato, surge la primera particularidad: dado que el asegurador por fuerza tiene que ser una persona jurídica (ya sea bajo la forma de sociedad anónima, que es lo más usual, o como mutua o cooperativa en otros casos), es claro que en ningún caso podrá incorporar a su prestación un pacto de supervivencia, al quedar fuera de su esfera jurídica el matrimonio o la pareja de hecho, requisito indispensable con la regulación actual.

Respecto del contratante del seguro, que sí podrá ser persona física sometida a tal estado civil, es resaltable la escisión que puede existir entre el denominado tomador del seguro y el asegurado o el beneficiario. Sin embargo, lo que nos interesa resaltar es que del propio seguro resultará precisado a quien se destinará al suma pactada como indemnización en caso de que se produzca el evento constitutivo del riesgo.

Siendo esto así, entiendo que de ningún modo cabe plantearse la necesidad o viabilidad de incluir un pacto de supervivencia aparejado a un contrato de seguro. Carece realmente de sentido. En el contrato de seguro se indicará muy bien quien es el beneficiario, y no parece que en ninguna de las modalidades existentes y permitidas por la ley quepa la posibilidad de someter uno de sus supuestos al pacto de supervivencia. Simplemente, la propia naturaleza de este contrato escapa en absoluto de la definición y los fines de los contratos onerosos con pacto de supervivencia.



### **2.3.11. Consideración final sobre los distintos modos de adquirir de forma onerosa con pacto de supervivencia**

Tras todo lo dicho, a modo de conclusión, podemos afirmar que el pacto de supervivencia puede acompañar a cualquier contrato oneroso traslativo del dominio, bien como negocio jurídico independiente, bien como cláusula unida al contrato, siempre y cuando se produzca la adquisición efectiva y definitiva de la propiedad por parte de los adquirentes, pues, por su propia naturaleza y pasado histórico, su desarrollo doctrinal y jurisprudencial, y su plasmación legal, el pacto de supervivencia requiere de la transmisión de la propiedad para poder constituirse válidamente.

Esta conclusión, como ya he expuesto anteriormente, se enfrenta a dos matizaciones de corte técnico jurídico, como son la delimitación del concepto “bien” y “derecho de propiedad”. Si partimos de una concepción estricta de ambos, únicamente podrán ser objeto del pacto los “bienes apropiables”, este es, perteneciente a la esfera física o materiales.

Desde una perspectiva más amplia, sin embargo, cabría admitir toda clase de bienes y derechos. Esta es la concepción, a mi modo de ver, acertada, partiendo de la propia noción de la categoría jurídica “bien” que se deriva del Código Civil de Cataluña.

En este sentido, al no ir el término “bien” acompañado de ningún adjetivo que especifique a qué tipo de bienes o cosas se está refiriendo, cualquier cosa no prohibida por la ley, incluso derechos, podría ser objeto del contrato.

Siendo esto así, debemos entender que cualquier bien o derecho transmitido de forma onerosa, de modo que se adquiriera efectivamente su titularidad o propiedad, puede ser válido para vincular un pacto de supervivencia, siempre que se reúnan los requisitos subjetivos y objetivos ya examinados.

Esta ampliación, que, como ya hemos destacado, parte de la previa interpretación dada por el Tribunal Superior de Justicia de

Cataluña sobre las compraventas con pacto de supervivencia, vitaliza sin duda el uso del pacto de supervivencia y le aporta una dimensión, flexibilidad y seguridad que deberían redundar en un mayor uso de la institución.

Por el contrario, la extensión del pacto de supervivencia a toda adquisición onerosa, sin más precisión, puede dar lugar a situaciones en que la idoneidad del pacto mismo resulte dudosa, tales como la constitución de sociedad o el préstamo hipotecario. No obstante, tal hecho no debe ensombrecer el notable avance dado por el legislador catalán, en aras de dotar de una mayor vitalidad y seguridad jurídica a esta institución.

### **3. Adquisición “conjunta” de bienes: la comunidad surgida del pacto**

#### **3.1. Punto de partida**

La vieja máxima romana *communio est mater discordiarum* encuentra una notable excepción, al menos con relativa frecuencia, en la copropiedad formada por matrimonios. Ya sea bajo un régimen económico u otro, la idea de permanencia rige este tipo de adquisiciones, en las que el carácter compartido, lejos de generar conflictos, suele mitigarlos, tanto en relación con la convivencia (siempre y cuando no se llegue a un supuesto de crisis matrimonial, en los que la copropiedad de bienes aparecerá como uno más de los problemas a resolver), como de cara a los efectos sucesorios (en la práctica, es evidente que el hecho de participar en común de propiedades inmobiliarias suele transmitir una mayor tranquilidad a los cónyuges, desde mi punto de vista).

Las adquisiciones con pacto de supervivencia no suponen una excepción. En efecto, siempre debemos tener en cuenta que, pese a la dimensión teleológica del pacto, en primer lugar se desarrolla una adquisición conyugal. Los cónyuges, o la pareja de hecho, si

corresponde, deciden adquirir un bien cualquiera, generalmente un inmueble, de forma conjunta; y, como medida adicional, acuden al pacto de supervivencia para asegurar la autonomía de su propiedad, de modo que uno suceda al otro al extinguirse el condominio existente, amparándose mutuamente.

Ahora bien: esta decisión finalista no debe distraernos del hecho de que, durante un buen lapso de tiempo, por lo general, la propiedad será de ambos cónyuges. En consecuencia, podemos afirmar que el efecto más relevante durante el periodo más o menos largo que tiene lugar tras la celebración de la venta y hasta la muerte de uno de los adquirentes, será la formación de una especialísima comunidad, constituida sobre el bien vinculado al pacto de supervivencia.

Sin ánimo de insistir sobre un tema que ya ha sido desarrollado de forma suficiente al tratar la naturaleza jurídica de la institución que nos ocupa, y a modo de mero y breve recordatorio, reiteraré que algunos autores han entendido que el pacto de supervivencia da lugar a una comunidad de tipo germánico, mientras otros han defendido que la comunidad originada es de carácter romano. A los primeros, se les ha objetado históricamente, esto es, antes de la entrada en vigor del Libro II del Código Civil de Cataluña, que la compra se hacía “por mitad”, con lo cual se les adjudicaba directamente una cuota. Ante tal crítica, el argumento esgrimido como medio de defensa fue que la atribución de mitades sólo se hacía para el caso de que la comunidad se disolviera antes del fallecimiento de uno de ellos<sup>556</sup>.

---

<sup>556</sup> El problema de la naturaleza de la comunidad surgida del pacto de supervivencia es semejante al suscitado en Francia a raíz de la comunidad surgida de la tontina.

Partiendo de una construcción estructurada en torno a la idea de una doble condición suspensiva, cada una a favor de uno de los dos tontinarios, la *Cour de Cassation* ha resuelto reiteradamente a favor de considerar que la muerte determina la eficacia retroactiva de la condición suspensiva correspondiente, de modo que se considera que únicamente el superviviente ha sido propietario. Esto implica que, durante todo el periodo en que ambos *tontiniers* viven, la comunidad integrada por ambos existe *pendente conditione*, de modo que existe un único propietario indeterminado, sin que nadie ostente la efectiva propiedad del bien.

Dados los innegables problemas que de esta construcción se derivan (piénsese simplemente en la inseguridad de los acreedores), la *Cour de Cassation* ha reconocido junto al expectante derecho de propiedad, la existencia de una comunidad de goce, solución que realmente no acaba de solventar los problemas derivados de la falta de titularidad. De ahí que la doctrina más moderna reconozca la existencia de una

Esta argumentación, en buena lógica, ha de ser puesta al día, pues conforme a la regulación actual ha perdido parte de su fuerza, dado que el texto legal vigente únicamente exige que los bienes se adquieran “conjuntamente”, habiéndose eliminado, al menos textualmente, cualquier mención a cuotas o mitades.

De hecho, es precisamente la tesis defendida por los partidarios de la comunidad germánica la que parece haberse impuesto a la hora de redactar el Código Catalán, por cuanto en su artículo 231-18, párrafo 2, establece:

*La ineficacia y la extinción del pacto de supervivencia determinan la cotitularidad, en comunidad indivisa ordinaria, de los cónyuges, o del cónyuge superviviente y de los herederos del premuerto, o bien del cónyuge no deudor y del adjudicatario de la mitad del cónyuge deudor.*

Con ello, parece que se acude al criterio de poner fin a la comunidad sin cuotas en el momento de resultar ineficaz el pacto, materializándose el derecho de cada cónyuge en la propiedad de una mitad indivisa.

En consecuencia, a los argumentos que los defensores de la tesis de la comunidad germánica esgrimían, esto es, que mediante el pacto de supervivencia se excluía la libre disposición de la cuota y la acción de división, dos de las características que precisamente definen dicha comunidad, la nueva regulación proporciona otro, y no menor, como es la exclusión de la misma noción de cuota.

Tanto los partidarios de una postura como de la otra han tenido fervientes defensores, lo que da buena idea de lo complejo y debatido del tema. Así, por citar dos ejemplos, CONDOMINES POLL no dudó en afirmar que “en base a lo establecido en el artículo 44.2 del Código de

---

comunidad especial constituida entre los dos tontinarios, en la que se excluye la posibilidad de pedir la división de la cosa común.

Sobre la materia, ver, con mayor detenimiento, en NUÑEZ IGLESIAS, A., *op. cit.*, pag. 5437 a 5439.

Familia, vemos perfectamente reflejada la comunidad germánica”<sup>557</sup>, mientras que GOMEZ GALLIGO consideró que sin lugar a dudas nos encontramos ante una comunidad romana en la que se ha introducido una prohibición legal de disponer cada copropietario de su cuota de forma unilateral<sup>558</sup>.

Debemos considerar, no obstante, que tanto estas opiniones como la mayoría de las expuestas a lo largo de este trabajo se fundamentan en las legislaciones anteriores a la entrada en vigor del Libro II, que, sobre todo en relación con la supresión de la mención a las cuotas de los adquirentes, ha introducido una notable modificación en cuanto a la naturaleza jurídica de la comunidad surgida del pacto.

Dado que en el capítulo tercero de este trabajo he estudiado con detalle las posturas a favor y en contra de una y otra concepción, y he expuesto mi propio punto de vista, fundamentado en las discusiones doctrinales y en la procelosa evolución legislativa experimentada hasta llegar al texto actual en vigor, no creo necesario extenderme más sobre este aspecto. Sólo reiteraré mi impresión de que el legislador catalán, tras atender a las posturas de unos y otros, ha decidido posicionarse del lado de los defensores de la comunidad germánica o de mano común al eliminar la controvertida referencia a las cuotas de adquisición.

### **3.2. Actos de disposición y gravamen**

No he dudado en afirmar en un momento anterior del presente estudio que las disposiciones que contiene el Libro II del Código Civil de Cataluña, en relación con las obligaciones y limitaciones que el pacto de supervivencia impone sobre el ejercicio del dominio en vida de ambos adquirentes, me parecen *instrumentales*, pues tienen como fin principal garantizar la copropiedad del bien adquirido, de modo que permanezca

---

<sup>557</sup> CONDOMINES POLL, E., “Las compras con pacto de supervivencia en el Derecho Civil Catalán”, *Derechos Civiles de España*, dirigido por BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. y MARTINEZ-SIMANCAS SANCHEZ, J., Volumen III, Parte II, Sopec, Madrid, 2000, pag. 1315.

<sup>558</sup> GOMEZ GALLIGO, J., *op. cit.*, pag. 820 y 821.

incólume hasta el momento del deceso de uno de ellos. Tal afirmación, sin embargo, debe matizarse, a fin de que no confundir su instrumentalidad con su evidente importancia, pues se trata de un tema de gran relevancia dentro de su subordinación, ya que implica la necesidad de fijar aquellas reglas por las que se regirá la convivencia durante ese lapso más o menos largo de tiempo, durante el cual el condominio existirá.

El propio Código Civil de Cataluña materializa tal preocupación, pues, tras precisar en su artículo 231-15.1 que la adquisición es “conjunta”, lo que necesariamente conlleva una situación de copropiedad, precisa en el párrafo 2 las normas particulares por las que deberá regirse el condominio durante toda su existencia:

*d. No pueden ser enajenados ni gravados los bienes adquiridos, si no es por acuerdo de ambos cónyuges.*

*e. Ninguno de los cónyuges puede transmitir a terceras personas su derecho sobre dichos bienes.*

*f. Debe mantenerse la indivisión de los mismos.*

Esta regulación contiene algunas de las líneas básicas de actuación durante la vida de la comunidad formada. De acuerdo con las mismas, ninguno de los cónyuges podrá gravar la cosa común, ni su derecho sobre ella, si no es con el consentimiento del otro. Cabe distinguirse, pues, la situación en que ambos cónyuges, de común acuerdo, deciden gravar la cosa común, de aquella en que uno sólo pretende constituir algún tipo de gravamen sobre su derecho.

De acuerdo con la anterior legislación, en la que se atribuía a cada copropietario una mitad del bien, esta situación podría producirse; si bien el copropietario que mantuviera libre de gravamen su parte debería aceptar expresamente la constitución del mismo y ratificar su voluntad de que no se extinguiera el pacto<sup>559</sup>.

---

<sup>559</sup> Algunos autores, no obstante, han puesto en duda incluso en esta situación la validez del pacto tras quedar gravada únicamente una mitad del bien. Así,

Con la regulación actual, sin embargo, cabe preguntarse si existe siquiera la posibilidad de que uno de los cónyuges pretenda gravar de algún modo su parte, pues parece que esa parte misma carece de determinación. Siguiendo los criterios de la comunidad germánica, que son los mismos que rigen al semejante supuesto de la sociedad de gananciales en Derecho civil común, uno de los cónyuges no puede pretender gravar una parte indivisa de un bien que pertenece por entero a ambos y sin cuotas. Y esta parece que es la situación actual.

Por ello, debemos concluir que los actos de gravamen sobre los bienes adquiridos con pacto de supervivencia sólo pueden ser efectuados de común acuerdo por ambos propietarios, siendo no ya motivo de extinción del pacto, sino materialmente imposible que uno de ellos grave una parte dejando libre otra, pues se estaría atribuyendo una fracción indivisa de la propiedad que no se ha materializado. Todo ello, insisto, partiendo de que estamos ante una comunidad germánica.

Idéntica situación nos encontramos en los casos de transmisión de la cosa adquirida con pacto de supervivencia: la enajenación únicamente es posible si ambos adquirentes obran de común acuerdo. Ambos cónyuges son dueños del bien adquirido, y no pueden efectuar ningún acto de disposición si no es de forma conjunta y de común acuerdo. Al igual que en el supuesto anterior, ninguno de ellos puede transmitir su cuota sobre el bien, pues dicha cuota, según la regulación actual, parece no existir.

### **3.3. Actos de gestión y uso ordinarios**

Tras examinar con detalle las tres reglas del artículo 231-15 párrafo 2, podemos apreciar fácilmente que se refieren en exclusiva a la *indisponibilidad individual* del derecho de cada uno; o, dicho de otro

---

CONDOMINES POLL, E., *op. cit.*, pag. 1316, opina que una vez “el principio de igualdad del pacto entre los cónyuges queda roto (...) el cónyuge no hipotecante se encuentra en una situación de peor calidad, dado que, en caso de fallecer primero, el otro cónyuge recibiría la mitad indivisa libre de cargas, mientras que si ocurre lo contrario, él recibiría la mitad indivisa gravada”, por lo que concluye que, en tal situación, lo más lógico sería determinar la extinción del pacto.

modo, a las limitaciones al ejercicio individual del dominio en las citadas parcelas de enajenación y gravamen. Pero no son reglas que establezcan el modo en que ha de gestionarse la administración y uso del bien durante la vida de ambos adquirentes, aspecto este sobre el que el Código Civil de Cataluña mantiene un notable silencio. Por ello, parece lógico que nos preguntemos qué ocurre con los actos de administración y uso ordinarios.

La doctrina, antes de la entrada en vigor de los Libros II y V del Código Civil de Cataluña, opinó, fundamentándose en la Disposición Final Cuarta del Texto Refundido de la Compilación de Derecho Civil de Cataluña, que, en principio, deberían aplicarse las normas contenidas en los artículos 392 a 406 del Código Civil, esto es, las normas que regulan la comunidad de bienes en el Derecho Civil Común, y que, como es sabido, se ajustan al modelo romano de comunidad por cuotas.

Algunos autores apuntaron lo desafortunado, pero irremediable, de esta solución, especialmente aquellos que habían hecho especial hincapié en el reconocimiento de las características germánicas de la comunidad surgida del pacto, pues se vieron obligados a reconocer que era el único sistema subsidiario al que dirigirse<sup>560</sup>.

La entrada en vigor del Libro V del Código Civil de Cataluña, sin embargo, cambia el campo de juego sensiblemente, pues en su Título V recoge las situaciones de comunidad. En el artículo 551-1, concretamente, podemos leer lo siguiente:

*2. Las situaciones de comunidad nunca se presumen, salvo que lo establezca una disposición legal expresa.*

*3. En las situaciones de comunidad se presume la comunidad ordinaria indivisa si no se prueba otra cosa.*

El artículo 551-2, en cuanto a su regulación, establece en su párrafo 1:

---

<sup>560</sup> Así PUJOL CAPILLA, P., *op. cit.* pags. 199 y 200.



*La comunidad ordinaria indivisa se rige por las normas de la autonomía de la voluntad y, supletoriamente, por las disposiciones del capítulo II.*

Dado que la existencia de la comunidad queda determinada por el artículo 231-15 del Código de Familia, nos planteamos lo siguiente: ¿Podemos considerar que las normas contenidas en el capítulo II del Título V del Libro V del Código Civil de Cataluña se deben aplicar supletoriamente a la comunidad surgida del pacto de supervivencia en cuanto al régimen de administración, gestión, uso y disfrute del bien?

Antes de responder, atendamos a los cambios acontecidos desde la entrada en vigor del Código Civil de Cataluña.

En primer lugar, según se ha anunciado, ha aparecido una regulación específicamente catalana de la comunidad de bienes. En consecuencia, en vez de acudir al sistema común, el propio Derecho Civil Catalán ofrece una regulación propia para las situaciones de comunidad.

Ahora bien, las modificaciones del Libro V van acompañados de los cambios del Libro II, que afectan a esta institución; y estas novedades son también sensibles. Y lo son porque, ahora, nos encontramos con que el ámbito de aplicación del pacto de supervivencia se ha ampliado notoriamente, no sólo desde un punto de vista material, al admitir todo negocio oneroso, sino también desde un punto de vista subjetivo, al permitir su empleo por matrimonios bajo cualquier régimen legal, además de por parejas de hecho.

La admisión de su inclusión bajo cualquier tipo de matrimonio no es intrascendente en el tema que nos ocupa, pues mientras que los regímenes de comunidad de bienes y asociación de compras y mejoras contienen normas propias de administración (artículos 232-33 y 232-26, respectivamente), el resto carecen de ellas, situación que nos abre dos soluciones diferentes según el tipo de régimen matrimonial: bien el sistema de administración y uso propio, bien el general de la comunidad ordinaria indivisa.

Tales consideraciones, sin embargo, han de ser también matizadas.

Partiendo de los cuatro sistemas que no contienen normas de gestión y uso, esto es, el régimen de separación de bienes, participación en las ganancias, el *agermanament*, y el *pacte de convivença o mitja guadaneyra*<sup>561</sup>, el Código Civil Catalán determina que, en defecto de lo establecido por los copropietarios tomando como base el principio de autonomía de la voluntad, de forma supletoria, se aplicaran las disposiciones previstas para la comunidad indivisa ordinaria (artículo 551-2). El artículo 552-1 define descriptivamente qué entiende el Código Civil Catalán por comunidad ordinaria indivisa:

*1. La comunidad ordinaria indivisa comporta la existencia de tantos derechos como cotitulares. El derecho de cada cotitular queda limitado por los derechos de los demás cotitulares.*

*2. Cada uno de los derechos determina la cuota de participación en el uso, goce, rendimientos, gastos y responsabilidades de la comunidad.*

*3. Los derechos en la comunidad y, por lo tanto, las cuotas se presumen iguales salvo que se pruebe lo contrario.*

El primer y más obvio obstáculo que aparece, efectivamente, es la inevitable referencia a *las cuotas*.

Es inevitable admitir que el sistema de la comunidad ordinaria indivisa se articula sobre la noción de cuotas y la distribución proporcional de derechos y obligaciones a partir de dichas cuotas<sup>562</sup>. Siendo esto así, ¿cómo remitirnos a un sistema que no encaja de raíz con un condominio de corte germánico? Por otro lado, ¿dónde acudir si no? Ante tales dudas, podemos plantear las siguientes situaciones, y sus correspondientes soluciones.

---

<sup>561</sup> *Vid supra*, capítulo tercero, apartado II, subapartado 1.2.2.

<sup>562</sup> HOLGADO ESTEBAN, J., *op. cit.*, pag.709. Afirma sin dudar que “cada derecho concreto determina la cuota, como parámetro que regula el uso y el goce de la cosa, así como la participación en los rendimientos, la contribución a los gastos y las responsabilidades derivadas de la comunidad. En consecuencia, todos los beneficios y cargas derivados de esta situación están en relación directa con la cuota”.

### 3.3.1. La comunidad germánica

Partiendo de lo previamente expuesto, pero adaptándolo a la nueva situación legislativa, esto es, Código Civil de Cataluña en vez del Código Civil, podríamos admitir que, pese a no ser un sistema que encaje a la perfección, el sistema subsidiario al que acudir no es otro que la comunidad ordinaria indivisa. El propio Código Civil de Cataluña así lo prescribe, al prevenir en su artículo 551-1.3 que en las situaciones de comunidad se presume la comunidad ordinaria indivisa, si no se prueba otra cosa.

Tal reconocimiento, no obstante, ha de engarzarse en un sistema que admite la primacía de la autonomía de la voluntad sobre las normas escritas, de conformidad con el artículo 551-2, que dispone la regulación de la comunidad ordinaria indivisa por las normas de la autonomía de la voluntad y, supletoriamente, por las disposiciones del Código Civil de Cataluña (artículos 552-1 a 552-12).

Por ello, el acuerdo entre las partes siempre podrá paliar la ausencia expresa de regulación. Pero para todos los demás casos parece lo oportuno dirigirnos a la concreta, y supletoria, regulación del Código Civil de Cataluña.

La propia mención a una adquisición “conjunta” parece refrendarlo así, debiendo ser interpretada en el sentido de determinar la formación de una situación de *comunidad*<sup>563</sup>. Esta comunidad, a falta de concreta disposición en contrario, y siempre dentro del respeto a sus inherentes particularidades, será la comunidad ordinaria indivisa, tal y como se deriva del citado artículo 551-1 párrafo 3.

Dado que lo que el artículo 551-1 párrafo 3 establece es la presunción de comunidad ordinaria indivisa *si no se prueba otra cosa*, cabría preguntarse si esa “otra cosa” no podría ser la ausencia de cuotas en las adquisiciones efectuadas con pacto de supervivencia.

Si quisiéramos fundamentar la aplicación de las normas de la

---

<sup>563</sup> El artículo 551-1, párrafo 1, sanciona que *existe comunidad cuando dos o más personas comparten de forma conjunta y concurrente la titularidad de la propiedad o de otro derecho real sobre un mismo bien o un mismo patrimonio*.

comunidad ordinaria indivisa, podríamos afirmar que cuando el legislador dice que *se adquiere conjuntamente*, realmente está queriendo decir que *se adquiere por partes iguales*, y atribuir a cada adquirente derechos sobre una mitad indivisa, a partir de la presunción del artículo 552-1, en su párrafo 3, de que, salvo en prueba en contrario *las cuotas se presumen iguales*.

Sin embargo, si de lo que se trata es de justificar la naturaleza germánica de la comunidad, podría defenderse que esa “prueba en contrario” del artículo 551-1 párrafo 3 la ofrece precisamente el propio legislador en el artículo 231-15.1, al sancionar expresamente la formación de una comunidad sin distribución de cuotas.

Es decir, la aparente ambigüedad del Libro II del Código Civil de Cataluña en relación con el modo en que se distribuye la propiedad entre los dos comuneros no parece un obstáculo insalvable para la aplicación de las normas de la comunidad ordinaria indivisa, pues en virtud del 552.1-3 puede interpretarse que ambos son propietarios por partes iguales.

En este caso, y ante la ausencia de otras normas a las que acudir de forma supletoria para resolver los conflictos que pudieran surgir del uso y administración ordinarios, cabría acudir a las normas propias de la comunidad ordinaria indivisa, interpretando que cada comunero es titular en igualdad de condiciones respecto del otro.

En definitiva: de la unión de la autonomía de voluntad y del carácter supletorio de la comunidad ordinaria indivisa podríamos admitir la aplicación de esta última para todo lo no regulado en los artículos 231-15 a 231-18, y especialmente al régimen de gestión y uso de la cosa común. La alusión a las cuotas, en esta interpretación favorable a la comunidad germánica, debería obviarse en aras de una necesaria coherencia interna y, tomando como fundamento el artículo 552-1-3, que establece la presunción de “cuotas iguales” ante la indeterminación de las mismas, entender que allí donde el Código dice “cuota” nosotros debemos entender “paridad de derechos” e igualdad decisoria entre los cónyuges.

Se trataría, en fin, de adoptar las normas de la comunidad ordinaria indivisa a fin de resolver las cuestiones relativas a la gestión y uso del bien adquirido.

Admitida, pues, esta argumentación, y superando así la reiterada mención de las cuotas, podríamos remitir sin mayor complicación la comunidad surgida del pacto de supervivencia a las normas de la comunidad ordinaria indivisa en todo lo no previsto por el legislador ni por las partes al otorgar el título de adquisición. Esto supone reconocer las ya estudiadas especialidades derivadas de su particular naturaleza, esto es, los límites a la capacidad de gravar y enajenar la cosa común del 231-15.2.

Siendo esto así, entendemos esta solución determina que para todo lo que no esté especialmente previsto en los artículos destinados a regular las adquisiciones onerosas con pacto de supervivencia, esto es, todo lo referido al uso y disfrute de la cosa común, así como a la administración y participación en los gastos, se debe acudir a las normas contenidas en el Código Civil Catalán para la comunidad ordinaria indivisa, interpretando que allí donde se haga referencia a “cuotas” debemos entender “igualdad de derechos”.

Dado que estas normas se aplicarán a cualquier comunidad en defecto de lo establecido por los constituyentes de la comunidad, aquí se aplicarán dejando a salvo las especiales limitaciones establecidas en el artículo 231-15, párrafo 2, así como todo aquello que los cónyuges, en base al citado principio de autonomía de la voluntad, tengan a bien establecer en el momento de otorgar el pacto.

### **3.3.2. La comunidad romana**

Complementaria de la anterior solución, aunque esencialmente diferente, es la propuesta por GARRIDO MELERO. Este autor da un giro de ciento ochenta grados respecto del planteamiento que acabamos de desarrollar, pues defiende que la actual referencia a una adquisición

conjunta, lejos de implicar la supresión de cuotas, supone *la legitimación de cualquier tipo de cuota*. Esto es: en su opinión, partiendo de la tradición clásica del pacto de supervivencia, en la que se exigía la adquisición por partes iguales a los cónyuges, la moderna redacción da un paso más allá en cuanto a la libertad de fijar los límites de la adquisición, pues “ahora el legislador se limita a indicar que la adquisición ha de ser “conjunta”, al igual que antes, pero sin exigir que sea por mitad. En consecuencia, debemos entender que podremos también pactar cuando los cónyuges adquieren en proporción diferente”<sup>564</sup>.

Como vemos, es una interpretación radicalmente distinta a lo hasta ahora visto, pues en lugar de juzgar que el artículo 231-15.1. suprime las cuotas, su opinión es que valida cualquier tipo de distribución en cuotas de la copropiedad<sup>565</sup>.

Como fundamento de su tesis, GARRIDO MELERO se remite no sólo al pasado legislativo de la institución, lo que ya es un buen punto de partida, sino también a la actual regulación, sugiriendo una lectura atenta del artículo 231-17.1, que, recordemos, sanciona que el acreedor de uno de los cónyuges puede solicitar el embargo *sobre la parte que el deudor tiene* en los bienes adquiridos<sup>566</sup>. Entiendo que, a partir de tal redacción, se puede considerar que, puesto que hay efectivamente una parte de cada cónyuge a la que puede dirigirse el acreedor, y no una totalidad a nombre de los dos sin distribución en cuotas, la conclusión ha de ser que, pese a la remisión a un modo de adquirir conjunto, realmente cada esposo recibe una participación concreta<sup>567</sup>.

De hecho, incluso podemos encontrar otro punto de apoyo a esta interpretación en el artículo 231-15.3, cuando habla de un modo

---

<sup>564</sup> GARRIDO MELERO, M., *op. cit.*, pag. 311.

<sup>565</sup> Y aún cabe la opinión de aquellos que piensan que la redacción del artículo 231-15.1 se debe a un error, como YSÀS SOLANES, quien señala que “erróneamente, aunque el art. 231-15.1 CCCat no especifica que la adquisición conjunta deba ser a partes iguales (...), el art. 231-18 CCCat dispone que la adjudicación será por mitad del bien adquirido con pacto de supervivencia. En: YSÀS SOLANES, M., *Derecho de Familia Vigente en Cataluña*, *op. cit.*, pag. 186

<sup>566</sup> *Ibid.*, pag. 318.

<sup>567</sup> A mayor abundamiento, *vid infra*, Capítulo Quinto, apartado II, subapartado 4.

indeterminado de *la participación del premuerto*, en lugar de *los derechos* o, mejor aún, *la mitad*, expresiones más precisas si de lo que se trata es de atribuir la propiedad sin cuotas entre ambos, ya que una mitad es lo que correspondería al haber del fallecido y al patrimonio del supérstite. Sin embargo, esto no deja de ser una precisión tremendamente ambigua, pues puede servir de argumento tanto a una como a otra interpretación.

La consecuencia de este planteamiento en la cuestión que aquí nos ocupa, esto es, la gestión y uso de la cosa común, determina que todo lo antes dicho sobre la falta de adecuación de la comunidad ordinaria indivisa ha de ser lógicamente obviado. Ningún sistema mejor al que acudir como medio supletorio que este, pues ofrece normas precisas tomando como criterio de referencia las cuotas adquiridas por cada condomino, lo que resulta absolutamente coherente.

Ahora bien, a esta interpretación “clasicista” o “continuista”, esto es, defensora del pasado más reciente y más remoto de las adquisiciones con pacto de supervivencia, podemos objetar no sólo el consciente cambio de redacción introducido por el legislador catalán, a quien en nada había molestado hasta ahora la referencia a mitades o cuotas, sino también la propia letra del 231-17.1. Esto es: que el error o la imprecisión resida en dicho artículo, en lugar de en el 231-15.1, lo que es perfectamente lícito puestos a opinar sobre qué artículo resulta incoherente.

Desde esta perspectiva, parece lógico afirmar que, si los bienes a trabar por el acreedor pertenecen a una comunidad germánica, mejor que hacer referencia a la “parte que tiene” cada uno, sería mentar el “derecho que tiene sobre la cosa” cada copropietario; derecho que, recordemos, puede quedar sujeto a embargo, según establece el 1373 del Código Civil al regular la sociedad de gananciales y el 232-34.2 del Código Civil de Cataluña en relación con el régimen de comunidad de bienes.

La otra argumentación que defiende contra la interpretación de GARRIDO MELERO la sustento en el ya citado artículo 231-8.2, donde

el legislador catalán parece optar por redirigir el condominio a la comunidad ordinaria indivisa *en caso* de que el pacto sea ineficaz. La naturaleza de esta remisión, por su propio contexto, parece excluir que antes de producirse la ineficacia y extinción del pacto dicho modelo de copropiedad fuera parte del sistema creado por el pacto de supervivencia. Pues, si esto es así, ¿cómo justificar que se diga que lo que ya es un caso de comunidad ordinaria indivisa, con ciertas peculiaridades, se convierta en comunidad ordinaria indivisa? Y es que el legislador no ordena que se obvien las normas del 231-15 y continúe la comunidad, sino que parece remitirse en bloque a ella, lo que, a mi juicio, da idea de que antes no considera en modo alguno que tenga lugar la misma.

Dicho de otro modo más sencillo: si la extinción del pacto supone la aparición de una comunidad ordinaria indivisa, por fuerza esto implica que dicha comunidad ordinaria indivisa no se había originado antes, esto es, desde el origen del condominio.

Respalda esta interpretación también el hecho de que se hable de cotitularidad sin más, sin mención a diversidad de cuotas. Tal y como está empleado, el término “cotitular” parece sugerir identidad de derecho, es decir, de cuota; aunque entiendo que esto también puede ser interpretado acorde con el pensamiento de GARRIDO MELERO en el sentido de que, al no exigir igualdad de participación, el legislador tolera diversidad de cuotas en la actualidad.

Tras todo lo dicho, la única conclusión que me parece evidente es que no podemos afirmar con rotundidad que una u otra interpretación (comunidad romana/comunidad germánica) sea la correcta. Lo que por un lado parecía responder a una clara idea del legislador, por el otro, a través de la vía interpretativa, se colma de dudas; y esto ocurre recíprocamente, sin que parezca existir un argumento de suficiente peso como para declinar la balanza definitivamente a un lado u otro.

Sin embargo, no debe escapársenos que al formular la reciente redacción de los cuatro artículos del Código Civil de Cataluña relativos a las adquisiciones onerosas con pacto de supervivencia, el legislador,



expresa y conscientemente, ha eliminado buena parte de las referencias que en los mismos se referían a la necesidad de adquirir por partes iguales, especialmente en el artículo 231-15.1, que es el artículo que especifica las características definitorias del pacto de supervivencia.

Si tenemos en cuenta que el artículo 44 del Código de Familia se refería a adquisiciones efectuadas *conjuntamente y por mitad*, y que en la actualidad el 231-15 únicamente exige que la adquisición sea *conjunta*, podemos inferir que su voluntad era delimitar los márgenes de la comunidad dentro de los propios de las de tipo germánico<sup>568</sup>.

Una última reflexión que merece la solución de GARRIDO MELERO es la atañe al aspecto fiscal. En efecto, si el fundamento histórico del pacto de supervivencia residía en el recíproco intercambio de participaciones iguales, ¿cómo defender ahora que se pueda acordar el pacto respecto de adquisiciones desiguales?

Si partimos de las tesis defensoras del carácter oneroso del pacto, nos encontramos con que uno los cónyuges sacrificaría más que el otro, es decir, tendría menos que ganar: una participación menor implica una desigualdad únicamente justificable bien por vía de la donación, bien por vía de exceso de adjudicación. Con ello quiero decir que faltaría la equivalencia de las contraprestaciones, y que, a la hora de tributar, habría que tener en cuenta quien fallece primero a la hora de efectuar una liquidación complementaria en caso de el cónyuge que más adquirió fallezca antes, beneficiándose *de más* el segundo.

Por contra, desde el punto de vista de la donación (*mortis causa* o *inter vivos*) o bien del contrato sucesorio, la desigualdad de las participaciones sí puede ser admitida sin mayor problema, pues el mero concepto de contraprestación parece estar excluido de los mismos: cada uno dispone de su parte a favor del otro por una u otra vía gratuita, y es indiferente que sea una parte mayor o menor. Ocurre lo mismo cuando, al hacer testamento, uno de los cónyuges es propietario de un

---

<sup>568</sup> Al margen queda la referencia a “la mitad del bien” contenida en el artículo 231-18, a los efectos del embargo y concurso, de un modo ciertamente contradictorio con el resto del articulado.

gran patrimonio privativo y el otro no: nadie les obliga a tener un haber semejante. De algo así estaríamos hablando aquí.

El propio GARRIDO MELERO parece decantarse por esta interpretación, pues su opinión es que el pacto de supervivencia es una modalidad de pacto sucesorio. Según afirma, “el pacto de supervivencia supone en el fondo, y con independencia de la naturaleza jurídica última de la institución, el establecimiento de una planificación sucesoria de un determinado bien”<sup>569</sup>. Señala incluso que existe un evidente paralelismo entre los pactos sucesorios de atribución particular de carácter mutual y el pacto de supervivencia<sup>570</sup>.

Desde esta perspectiva, lo exigible de cara a un pacto de carácter mutual es la reciprocidad en las disposiciones, pero no en el contenido de las mismas<sup>571</sup>. Así ocurre en el heredamiento mutual, en el que no se exige que los ordenantes tengan un patrimonio equivalente; en el caso de que acudamos a la más precisa y adecuada figura del pacto sucesorio de atribución particular, ni siquiera es requisito que el beneficiado haga una institución semejante. Lo que ocurre es que el pacto de supervivencia introduce la particularidad de disponer de la parte del bien adquirido, o del derecho sobre la misma, a favor del otro adquirente. Si prescindimos de la obligatoriedad de adquirir por igual, entonces no veo problema en admitir que cada uno disponga a favor del otro de lo que haya adquirido, que puede ser lo mismo, más o menos.

---

<sup>569</sup> GARRIDO MELERO, M., *op. cit.*, pag 315.

<sup>570</sup> *Ibid.*, pag 314.

<sup>571</sup> *Vid infra*, en este mismo capítulo, apartado II, subapartado 3.2., en que se estudian los pactos sucesorios de atribución particular. En concreto, el Código Civil de Cataluña, en su artículo 431-29, referido a esta modalidad de pacto sucesorio, establece que los otorgantes del mismo pueden convenir atribuciones recíprocas a favor del que sobreviva. La diferencia, pues, entre estos pactos sucesorios y el heredamiento mutual, recogido en el artículo 431-20, estriba en que este consiste en una recíproca institución de heredero a favor del superviviente, mientras que el pacto de atribución particular mutual o recíproco, únicamente se refiere a bienes o derechos concretos.

### 3.3.3. Efectos comunes a las dos anteriores soluciones

El Código Civil de Cataluña, en sus artículos 552-6, 552-7 y 552-8 regula los derechos y deberes sobre el objeto de la comunidad<sup>572</sup>. Correspondiéndose con los tres artículos, se diferencian tres ámbitos de actuación: el uso y disfrute de la cosa común, el régimen de administración y adopción de acuerdos, y la participación en los gastos.

Según he opinado, hasta la entrada en vigor del Libro II tales artículos podían aplicarse sin mayor problema a la comunidad surgida del pacto de supervivencia de forma supletoria, pues se rigen por el sistema de distribución por cuotas. En la actualidad, según optemos por una u otra configuración de las dos antes expuestas, podrán aplicarse en atención a la cuota indicada o, por la vía interpretativa y

---

#### <sup>572</sup> **Artículo 552-6. Uso y disfrute**

1. *Cada cotitular puede hacer uso del objeto de la comunidad de acuerdo con su finalidad social y económica y de modo que no perjudique a los intereses de la comunidad ni al de los demás cotitulares, a los cuales no puede impedir que hagan uso del mismo.*

2. *Los frutos y rendimientos corresponden a los cotitulares en proporción a su cuota. Si los ha percibido solo un cotitular o una cotitular, este debe dar cuenta a los demás de acuerdo con las normas de administración de bienes ajenos.*

3. *Ningún cotitular puede modificar el objeto de la comunidad, ni siquiera para mejorarlo o hacerlo más rentable, sin el consentimiento de los demás. Si un cotitular o una cotitular hace obras que mejoran dicho objeto sin que los demás manifiesten oposición expresa dentro del año siguiente a su ejecución, puede exigir el resarcimiento con los intereses legales devengados desde el momento en que los reclama fehacientemente.*

#### **Artículo 552-7. Administración y régimen de adopción de acuerdos.**

1. *La administración de la comunidad corresponde a todos los cotitulares.*

2. *La mayoría de los cotitulares, según el valor de su cuota, acuerdan los actos de administración ordinaria, que obligan a la minoría disidente.*

3. *Los actos de administración extraordinaria se acuerdan con la mayoría de tres cuartas partes de las cuotas. Si los impone la ley, los puede emprender cualquier cotitular, incluso con la oposición de los demás, con derecho a resarcimiento y a los intereses legales devengados desde el momento en que los reclama.*

4. *Los cotitulares disidentes que se consideren perjudicados por el acuerdo de la mayoría pueden acudir a la autoridad judicial, la cual resuelve y puede, incluso, nombrar a un administrador o administradora.*

5. *La responsabilidad de los cotitulares por las obligaciones que resultan de su administración es mancomunada de forma proporcional a sus cuotas respectivas.*

6. *Los actos de disposición se acuerdan por unanimidad.*

#### **Artículo 552-8. Participación en los gastos.**

1. *Cada cotitular debe contribuir, en proporción a su cuota, a los gastos necesarios para la conservación, uso y rendimiento del objeto de la comunidad, así como a los de reforma y mejora que haya acordado la mayoría.*

2. *Los cotitulares que han avanzado gastos pueden exigir a los demás el reembolso de la parte que les corresponde más los intereses legales devengados desde el momento en que los reclaman fehacientemente.*

analógica, suponer que cada condueño es titular ficticio de una mitad; esto es, donde el articulado indica “cuota” entender que dice “por igual”.

Teniendo esto en cuenta, el uso y disfrute de la cosa común viene regulado en el artículo 552-6: cada uno de los cónyuges podrá usar el bien adquirido con pacto de supervivencia según su finalidad social y económica, es decir, de un modo acorde con su naturaleza, siempre y cuando no perjudique los intereses del otro cónyuge, a quien, por supuesto, no podrá impedir que haga a su vez uso del mismo.

Dicho de otro modo: cada uno ha de usar correctamente el bien común y permitir al otro un uso igual.

En relación con los frutos derivados del bien adquirido, así como los posibles rendimientos que se deriven de los mismos, deberán ser repartidos en proporción a la cuota de cada uno. La cuestión de las cuotas, ateniéndonos a lo expuesto hasta ahora, implicaría en la primera solución una reinterpretación, de modo que se entendiera “de forma conjunta” o “por igual”, que es la conclusión lógica, justa y precisa, según hemos visto; mientras que en la segunda solución no habría nada que añadir, al admitirse la existencia de las mismas.

Se puntualiza, además, que, caso de que sólo uno de los cotitulares perciba las rentas o productos, debe dar cuenta a los demás, esto es, al otro propietario. El fin de esta norma es, lógicamente, impedir que el cónyuge encargado de la gestión pueda apropiarse de forma indebida de dichos rendimientos.

Finalmente, ninguno de los cotitulares podrá modificar el objeto de la comunidad, ni aún en el caso de que proceda con la finalidad de mejorarlo o hacerlo más rentable, si no cuenta con el consentimiento del otro comunero. A fin de paliar los efectos que de tal regla se siguen en caso de llevarse a cabo mejoras en la cosa, introduce el Código una salvedad, y esta es que, si los demás condueños, en el plazo de un año, no se oponen expresamente a dicha mejora, podrá el que la efectuó reclamar a los demás el resarcimiento del gasto asumido con intereses desde el momento en que los reclame. Esto implica, en realidad, la obligación de que los demás cotitulares contribuyan a la mejora de

forma proporcional a su cuota, con intereses, indemnizando así al que la llevó a cabo.

Este aspecto en concreto de limitar hasta en lo beneficioso la posibilidad de alterar el bien común adquirido casa a la perfección con el espíritu de la comunidad surgida del pacto, máxime si tenemos en cuenta la dimensión finalista del mismo. Con ello queremos decir que todo el obrar de ambos cónyuges ha de tener siempre como destino el cuidado y la preservación de la cosa adquirida conjuntamente, en espera de que se produzca la concreción de la propiedad en un solo propietario.

En cuanto a la administración, de acuerdo con el artículo 552-7, corresponderá a los cotitulares de forma conjunta, como no puede ser de otro modo. Diferencia, eso sí, el Código los actos de administración ordinaria de los de administración extraordinaria, exigiendo en el primero de los casos mayoría simple o mayoría de cuotas, mientras que en los segundos se requiere la aceptación de tres cuartas partes de las cuotas.

Esta distribución en mayorías simple y cualificada, si atendemos al criterio de adquisición conjunta, presuponiendo igualdad de derechos, supone que, ya se den actos de administración ordinaria o extraordinaria, los cónyuges tendrán que ponerse siempre de acuerdo para ejecutar cualquier acto de administración, ya sean de una clase o de otra.

No ocurre así en el supuesto de diversidad de cuotas defendido por GARRIDO MELERO, ya que el hecho de uno de los compradores adquiriera una cuota mayor determinaría su exclusiva potestad de decisión en lo que a actos de administración ordinaria se refiere, quedando postergado el adquirente minoritario a aprobar los eventos extraordinarios, en caso de que su participación exceda una cuarta parte, claro.

De lo que no hay duda es de que, tanto en un caso como en otro, el párrafo 5 del citado artículo sanciona que la responsabilidad por los

actos de administración es mancomunada, de forma proporcional a las cuotas de los comuneros. Previamente, el párrafo 4 deja abierta la posibilidad del copropietario disidente de acudir a la autoridad judicial en caso de que se considere perjudicado. Como resulta obvio, ambos párrafos adquieren mayor relevancia en el supuesto de cuotas diferentes, que es el único en que se abre la puerta a que las decisiones adoptadas por uno de los cónyuges puedan derivar en una reclamación judicial por parte del otro, o acarrear consecuencias lesivas derivadas de la responsabilidad global de ambos, por actos que el minoritario ni siquiera haya aceptado.

Finalmente, exige el artículo que examinamos unanimidad para los actos de disposición. Esto debe entenderse de un modo amplio, de forma que abarque tal unanimidad no sólo cualquier acto de disposición, sino también de gravamen, así como la decisión de destruir la cosa o hacerla desaparecer. En todos estos casos, se requerirá pleno consentimiento de ambos propietarios para proceder<sup>573</sup>.

Ahora bien, esta exigencia de unanimidad es de aplicación a las adquisiciones efectuadas con pacto de supervivencia, pero no a partir del artículo 552-7.6., sino a raíz del 231-15.a), en que se prevé de forma expresa que la enajenación y el gravamen requerirán pleno acuerdo de ambos cónyuges. Y aún va más allá al exigir la indivisión y prohibir disponer individualmente de la cuota, según hemos examinado.

Finalmente, en relación con los gastos de conservación, uso y rendimiento del bien adquirido, así como los derivados de reformas y mejoras acordados por mayoría, deberán ser satisfechos en proporción a la cuota de cada uno. Vuelve a cobrar relieve aquí la solución por la que optemos, pues correrán a cuenta de ambos cónyuges por partes iguales siempre todos los gastos en caso de que entendamos una equiparación de derechos dentro de una comunidad germánica, mientras que de admitir cuotas, y aún cuotas desiguales, cada cual deberá responder en equivalencia a su derecho. A salvo queda, de

---

<sup>573</sup> Siguiendo a HOLGADO ESTEBAN, J., *op. cit.*, pag. 715.

acuerdo con el párrafo 2, la posibilidad de reclamar los desembolsos efectuados por uno sólo más allá de lo que está obligado, con resarcimiento de intereses incluido.

Del resto de las normas que contiene el Capítulo II del Título V, lógicamente no tendremos en cuenta los artículos 552-3 (disposición), 552-4 (derechos de adquisición), 552-5 (renuncia), 552-9 (extinción), 552-10 (facultad de pedir la división), 552-11 (procedimiento de la división) y 552-12 (efectos de la división), ni tampoco el 552-2, referido a la constitución de la comunidad, dado que el contenido de dichos artículos sí está regulado de forma especial por los artículos 231-15 a 231-18 del Código.

#### **3.3.4. Las normas de administración del régimen económico matrimonial de comunidad de bienes como alternativa**

Tras todo lo dicho, volvamos a la cuestión de las cuotas en la comunidad ordinaria indivisa, y a la cuestión de los derechos y obligaciones derivados del uso y administración del bien adquirido.

Según ya he anunciado, esta cuestión no afecta a las adquisiciones efectuadas bajo dos modalidades de régimen económico matrimonial, ya que tanto el régimen de comunidad de bienes como el de asociación de compras y mejoras contienen normas relativas a la gestión y uso de los bienes integrantes del patrimonio común que son compatibles con el pacto de supervivencia<sup>574</sup>; por lo tanto, debe acudirse a sus disposiciones particulares sin que esto implique problema alguno.

En cuanto al resto de regímenes, y especialmente al de separación de bienes, dado que es el mayor aplicación, pues la mayor parte de los matrimonios catalanes están regidos por este sistema, que es el legal supletorio, lo cierto y real es que, a día de hoy, *si partimos de la tesis*

---

<sup>574</sup> En relación con la comunidad de bienes, en el artículo 232-33; y en cuanto a la asociación de compras y mejoras, en el artículo 232-26.

*germánica*, podemos afirmar que se pueden adquirir bienes sin distribución de cuotas conforme a esta regulación. Ello implica una modificación no sólo a efectos *post mortem* o sucesorios, sino dentro de cada propio régimen, en vida de ambos; esto es, el pacto de supervivencia altera la forma de gestionar y usar los bienes adquiridos al eliminar la distribución en cuotas, lo que supondría un acercamiento a los regímenes comunitarios.

Podría decirse, en consecuencia, que para asegurar un fin sucesorio entre los adquirentes, se modifica el modo de adquirir legalmente previsto (al desaparecer las cuotas), y se altera el funcionamiento diario del matrimonio (determinación de las normas de gestión y uso del bien adquirido).

Tal interpretación puede parecer exagerada, pero si recordamos que su punto de partida es la decisión del legislador catalán de suprimir la referencia a cuotas y asentar una comunidad de tipo germánico, quizá se mitigue algo esta impresión, pues todo parece indicar que se han introducido una serie de elementos que encaminan la institución hacia esta dirección.

Resultaría interesante saber cuál es en la práctica la solución adoptada por los notarios y refrendada por los registradores de la propiedad, pues lo cierto es que, aunque el texto legal indique que se adquiere conjuntamente, lo cierto es que no prohíbe expresamente que se atribuya una cuota a cada uno, por lo que no es descabellado pensar que, a la hora de redactar la escritura pública oportuna, ante una adquisición efectuada por un matrimonio regido por separación de bienes el notario crea oportuno indicar la cuota o proporción en que adquiere cada uno (mitad indivisa o cuotas diferentes), sin que esto reste un ápice de validez a la expresión “conjuntamente”, tal y como se ha hecho hasta la entrada en vigor del Libro II<sup>575</sup>, y tal y como opina GARRIDO MELERO desde la propia práctica notarial.

Ahora bien: tampoco es descabellado pensar que otros notarios o

---

<sup>575</sup> Se me ocurren modos de redacción tales como el siguiente: “El Sr. A. vende a los cónyuges B y C, que compran conjuntamente, por mitad y *pro indiviso*, el bien antes descrito”.



registradores interpreten que del cambio legal se dimana la necesidad de erradicar cualquier mención a cuotas en la adquisición, sea efectuada bajo el régimen económico que sea, con lo que la polémica está servida.

Por todo ello, entiendo que, dado que el Libro V no contempla una comunidad sin atribución de cuotas similar, no indicando nada los artículos 231-15 y siguientes en cuanto al régimen de gestión y uso del bien adquirido en vida de ambos adquirentes, y atendiendo a *la naturaleza familiar del pacto*, según la opinión del propio legislador, acaso una tercera posibilidad, tras las dos ya examinadas, sea acudir de forma supletoria a las normas del régimen económico matrimonial de comunidad de bienes, regulado en el artículo 232-30 y siguientes del Código Civil de Cataluña.

Según este planteamiento, deberíamos acudir al artículo 232-33, que recoge las normas de administración y disposición de los bienes comunes, ordenando lo siguiente:

*1. En defecto de pacto, la administración y la disposición de los bienes comunes corresponden a los cónyuges conjuntamente, o a uno de ellos con consentimiento del otro.*

*2. Cualquiera de los cónyuges puede contraer obligaciones con cargo a la comunidad y disponer de los bienes para pagar los gastos familiares.*

*3. Si uno de los cónyuges ejerce una actividad profesional o mercantil valiéndose de bienes comunes con el consentimiento del otro, puede hacer solo, con relación a los bienes muebles que estén afectos, los actos de administración y disposición que sean consecuencia del ejercicio normal de aquella actividad.*

*4. En caso de falta de capacidad de uno de los cónyuges o de imposibilidad de gestión conjunta, la autoridad judicial puede conferir la administración de la comunidad y la disposición de los bienes comunes a uno solo de los cónyuges. También puede autorizar que uno solo haga actos dispositivos, en interés de la familia o si se produce otra justa*

*causa, si el otro no da el consentimiento.*

Obviamente, el párrafo 1 es el que, en la mayoría de los casos, mayor interés nos ofrece, pues, de aplicarse a la comunidad surgida del pacto de supervivencia, supondría que ambos cónyuges han de actuar conjuntamente para efectuar cualquier acto de administración o disposición, o bien contar con consentimiento del otro, lo que parece casar perfectamente con la naturaleza de dicha comunidad.

En caso de que sea necesario efectuar un acto que proceda en interés de la familia, o por otra justa causa, si uno de los cónyuges no cuenta con el consentimiento del otro, puede recabar autorización judicial para suplir dicha falta de consentimiento, de acuerdo con lo que señala el párrafo 4 del citado artículo.

El párrafo 2 debe ser, en buena lógica, excluido, pues se refiere a actos de gravamen y disposición ejecutados por uno sólo de los cónyuges, lo que va directamente en contra de las disposiciones del 231-15, párrafo 2. De modo que, en relación con los bienes adquiridos con pacto de supervivencia, ni siquiera el obrar en interés de la familia para satisfacer gastos familiares es causa que justifique la exclusión del consentimiento de uno de ellos: prima en todo caso la norma especial sobre la general; ello se traduce en la tutela principal de la finalidad querida y asumida por los cónyuges al adquirir con pacto de supervivencia, que se antepone a cualquier otro propósito. Dado que se adquirió bajo esta fórmula, todo acto de disposición o gravamen del bien adquirido debe efectuarse contando con el consentimiento de ambos adquirentes.

En cuanto al párrafo 3, únicamente afecta a bienes muebles, y el cuarto a situaciones de incapacidad o imposibilidad de gestión conjunta, de modo que su aplicación queda limitada a tales supuestos.

Respecto de los bienes muebles, creo que deben ser escasas las adquisiciones de bienes muebles efectuadas con pacto de sobrevivencia, aunque desde luego el Código no las excluye. En caso de que se dieran, tampoco parece posible que el cónyuge que emplee dichos bienes en su

actividad profesional o mercantil pueda gravar o enajenar dichos bienes sin contar con el consentimiento del otro, pues, al igual que he indicado al tratar del párrafo 2, esto entra en contradicción con los dictados del 231-15.2.

Más interesante parece el contenido del párrafo cuarto, pues la posibilidad de que, tras la adquisición, uno de los sujetos sea declarado incapaz es desde luego posible. Dado que el Código, en su Libro V, no se refiere a esta situación, y dejando a salvo el contenido de la institución de la tutela, la solución propuesta por el 232-33 párrafo 4 no parece en absoluto desacertada, tanto para el caso de incapacidad como para el más ambiguo de “imposibilidad de gestión conjunta”. En relación con este supuesto, simplemente pensemos en aquellas situaciones en que uno de los cónyuges se halle retenido en país extranjero, o sea declarado ausente, o este afectado de una dolencia y no incapacitado. En tales supuestos, la imposición del 231-15, párrafo 2, letra b, resulta insalvable, a menos que la autoridad judicial faculte al condueño presente a efectuar tales actos de disposición, guiado siempre por el interés de la familia, como exige el 232-33 párrafo 4.

De cualquier modo, todo lo dicho en relación con el 232-33 exige acudir a la aplicación analógica. Entiendo que existe identidad de razón desde el momento en que ni la normativa de las adquisiciones onerosas con pacto de supervivencia ni la relativa a la comunidad indivisa ordinaria regulan exactamente estas cuestiones, de modo que la institución que guarda mayor semejanza con la comunidad surgida del pacto sea el régimen económico matrimonial de comunidad de bienes.

De este modo, en todo lo que no esté expresamente regulado por los artículos 231-15 a 231-18, cabría remitirse a las normas del 232-33, no sólo por responder a un modelo de comunidad más exacto en cuanto a su carácter de comunidad de mano común, sino también por el aspecto familiar inherente al pacto de supervivencia, en cuanto institución a la que únicamente pueden acudir cónyuges o parejas

estables de hecho<sup>576</sup>.

Debemos admitir, no obstante, que dada la proximidad en el tiempo del nuevo texto legal, así como la ausencia de jurisprudencia al respecto, todo lo dicho no son más que conjeturas y alternativas que quedan en el aire, en espera de ver cómo se van resolviendo las posibles disputas que surjan en relación con los supuestos sobre los que he llamado la atención.

### **3.3.5. Consideración final**

En conclusión, si antes de la entrada en vigor del Libro II la solución más lógica para resolver las cuestiones relativas a la gestión y administración de la comunidad parecía ser acudir a las normas de la comunidad de bienes del Código Civil, en primer lugar, y a partir de la entrada en vigor del Libro V del Código Civil de Cataluña a las de la comunidad ordinaria indivisa, a día de hoy, dada la aparente o posible eliminación de la distribución de la propiedad en cuotas, iguales o desiguales, entre los adquirentes, parece lo más oportuno examinar esta cuestión de nuevo bajo otra mirada.

Por ello, creo que se debe efectuar una breve recapitulación de todo lo expuesto para tratar de extraer la conclusión más apropiada; o, al menos, la que a mí me lo parezca.

Tras la supresión en el artículo 231-15 de toda referencia a cuotas en la adquisición, de modo que los cónyuges pasan a adquirir “conjuntamente”, dos son las soluciones por las que podemos optar: o bien entender que se suprimen realmente las cuotas y que se forma una comunidad germánica, que, en mi opinión, es lo que pretendía el legislador; o bien, que la supresión de las antes forzosas “mitades” liberaliza las cuotas, de modo que se puede adquirir en cualquier proporción y bajo el sistema de la comunidad romana, solución en cierta medida más pacífica, y continuista con la tradición jurídica de

---

<sup>576</sup> En este sentido, no pienso que exista contradicción en afirmar el carácter familiar y sucesorio del pacto, pues en su naturaleza coinciden ambas vertientes si atendemos tanto a sus sujetos como a sus consecuencias legales.

esta institución.

Aunque sólo sea por hacer mención a ella, considero que una tercera vía podría ser planteada: la de aplicar las normas del régimen económico matrimonial catalán de comunidad de bienes de forma supletoria, dado lo idóneo de alguno de sus planteamientos. Sin embargo, considero esta alternativa inviable, pues se excedería del mero marco de la regulación supletoria, al entrañar una verdadera alteración del régimen económico matrimonial, al margen de las capitulaciones matrimoniales, e incluso a de la expresa voluntad de las partes. Y esto sería así porque tal aplicación supletoria permitiría aplicar normas de un régimen económico distinto al propio de los celebrantes, sin que estos se hubieran pronunciado siquiera sobre ello. Por eso no contemplo tal alternativa entre las posibles soluciones.

Volviendo, pues a las dos alternativas previamente señaladas, puede decirse que, hasta donde hemos estudiado y a la luz del texto legal, ambas son válidas. Las dos tienen cabida al amparo del articulado del Código Civil Catalán. Ahora bien, la primera de estas soluciones (comunidad germánica) presenta, junto a la evidente evolución de definir de una vez la naturaleza de la comunidad surgida de un modo terminante, la pega de su régimen de gestión y uso. Detengámonos en ello.

En principio, la referencia a una adquisición “conjunta”, a mi modo de ver, implica una adquisición “conjunta por los dos adquirentes”, esto es en igualdad y sin distribución de cuotas. Si comparamos la redacción actual del 231-15, *los cónyuges que adquieran bienes conjuntamente a título oneroso*, con la del 232-30, en relación con el contenido del régimen económico matrimonial de comunidad de bienes: *las ganancias obtenidas indistintamente por cualquiera de los cónyuges y los bienes a los que confieran este carácter devienen comunes*<sup>577</sup>, podemos descubrir fácilmente el paralelismo

---

<sup>577</sup> E incluso con la redacción recogida en el del Código Civil para la sociedad de gananciales en el artículo 1344: *se hacen comunes para los cónyuges las ganancias o*

evidente que existe entre esas “adquisiciones conjuntas” y “los bienes comunes”. Más aún si comparamos la precisión que el artículo 232-38 efectúa al señalar que en caso de extinción de la comunidad, los bienes comunes deben dividirse entre los cónyuges a partes iguales, con el artículo 231-18 del Código Catalán, donde se sanciona que la ineficacia y extinción del pacto de supervivencia determinará *la cotitularidad, en comunidad ordinaria indivisa, de los cónyuges*<sup>578</sup>.

A mi modo de ver, esta referencia a adquisiciones conjuntas o comunes busca la supresión de cualquier referencia a cuotas, y da paso a una comunidad de tipo germánico, poniendo solución así a décadas de debate en torno a este tema.

Desde esta perspectiva, la remisión del artículo 231-17.1 a “la parte que el deudor tiene”, ha de ser interpretada a la luz del artículo 231-18, en el cual, de modo terminante, se establece como causa de extinción la *adjudicación a un tercero de la mitad del bien como consecuencia del embargo o de un procedimiento concursal*. Si prestamos atención, veremos que no se indica que el objeto del embargo sea la participación del concursado o embargado, o sus derechos, sino *la mitad del bien*, que es la solución propia de los regímenes de comunidad<sup>579</sup>. Es decir, esa puerta que a juicio de GARRIDO MELERO abre el 231-17, al hablar de la parte o cuota que cada uno tiene, la cierra el 231-18 al referirse taxativamente a mitades. Esta orden, por otro lado, debe ponerse en sintonía con la que indica el párrafo 2 del citado artículo al hablar de *cotitularidad*, que deber entenderse en el sentido de igualdad, no de copropiedad en desiguales cuotas.

Puede defenderse, por supuesto, que el 231-17 hable de “la parte que cada uno tiene” al solicitar el embargo, no al ejecutarse, que es la causa de extinción que indica el 231-18. Sin embargo, del juego

---

*beneficios obtenidos.*

<sup>578</sup> Por establecer de nuevo la comparativa con el régimen de gananciales, el artículo 1344 señala que los citados bienes gananciales *les serán atribuidos por mitad al disolverse* la sociedad ganancial.

<sup>579</sup> Así el artículo 232-38.1 del Código Civil de Cataluña, referido a la división de los bienes comunes tras la extinción del régimen de comunidad de bienes, determinando que los mismos se dividan entre los cónyuges “a partes iguales”; o el 1344 del Código Civil.

conjunto de ambos artículos resulta que lo que se puede adjudicar por embargo o concurso no es sino “la mitad” del bien, sin otra alternativa, de modo que de lo único que puede acusarse al 231-17 es de precipitar los acontecimientos y ser incómodamente indeterminado (nada habría costado al legislador en este caso hacer una nueva remisión a la mitad, pero no obró así), pero no de legitimar las adquisiciones en desigual proporción<sup>580</sup>.

Si en el resto del articulado referido a las adquisiciones onerosas con pacto de supervivencia el legislador se ha preocupado de eliminar la referencia a mitades indivisas como requisito de conformación del pacto, parece lógico pensar que el mantenimiento de la referencia a mitades del 231-18.1.c se debe, más que a una equivocación, a que en la mente del legislador siempre ha estado la conformación de la comunidad surgida de la adquisición con pacto de supervivencia como una comunidad germánica, sin distribución de cuotas, de modo que, en el momento de su disolución, a cada cónyuge (dado que es una comunidad formado sólo por dos comuneros) le corresponde una mitad del bien común.

En cuanto al régimen de gestión y uso, aquí el tema cambia. Si queremos adaptar las normas de la comunidad ordinaria indivisa, que, como hemos visto, se desarrolla sobre la ineludible base de distribución de derechos y deberes de forma proporcional a la cuota de propiedad, tenemos que reinterpretar todo el articulado aplicable de modo que se entienda una adquisición *en igualdad* por los cónyuges. Parece la solución más lógica a la luz del pasado histórico de esta institución y del referido 231-18, así como de la propia naturaleza de la comunidad germánica, en la que, si bien no hay distribución de cuotas, si hay igualdad de todos los comuneros; y dado que en este caso únicamente puede darse una copropiedad integrada por dos propietarios, generando

---

<sup>580</sup> Y es que, de ser posible esto, ¿cómo justificar que se embargue la mitad de un bien, siendo el deudor sólo propietario, por ejemplo, de un tercio? ¿O acaso debe entenderse que sólo es causa de extinción el embargo de una mitad, pero no de un tercio, o de tres quintas partes? Esto carece de sentido, por lo que más bien debería pensarse que es aquí donde reside el error que determina la incoherente regulación.

la disolución dos partes iguales, podríamos acudir sin gran complicación a este criterio de interpretación.

Sin embargo, no debemos olvidar, en cuanto a lo que al aspecto negativo se refiere, la ya reiterada incoherencia que puede suponer una adquisición conjunta entre cónyuges sometidos al régimen de separación de bienes, o a cualquiera de las otras variables posibles en el sistema matrimonial catalán que implican patrimonios separados. Ni las pegas que esto puede originar a la hora de inscribir dichos derechos en el Registro de la Propiedad.

La otra alternativa dentro de la comunidad germánica supone un salto diferente: optar por las normas del régimen económico matrimonial de la comunidad de bienes. Sin embargo, y pese a que encaje como un guante en el sistema que estudiamos, según he dicho previamente entiendo que tal remisión debe ser entendida como un cambio obligado de las normas que rigen el sistema matrimonial de los adquirentes, y esto no parece admisible, ni aún en el forzado caso de admitir, al modo de CALVO SORIANO, que el pacto de supervivencia sea un pacto capitular expreso, por el que se introduce una salvedad al régimen matrimonial general.

Por otro lado, tenemos la solución anunciada por GARRIDO MELERO. A mi modo de ver, y salvando los prejuicios ya indicados, tiene la irrefutable ventaja de ser continuista con la tradición jurídica catalana al defender el sistema de cuotas, tan combatido por parte de la doctrina, pero tan querido por el legislador de un modo evidente hasta hace bien poco. Además, permite integrar sin problemas el sistema de la comunidad ordinaria indivisa, y únicamente requiere de una interpretación extensiva del artículo 231-18 en todo lo que se refiere a mitades o cotitularidad.

Mi propio punto de vista, como ya he indicado a lo largo de este trabajo, es que el legislador catalán, a la vista de los problemas causados por la naturaleza jurídica de esta institución, ha optado por decantarse definitivamente por la institución germánica. Sin embargo,



lo ha hecho de un modo poco resolutivo, dejando en el camino ambigüedades innecesarias y no resolviendo todas las cuestiones que una modificación así requiere.

Por ello, entiendo que, siendo válida cualquiera de las dos soluciones examinadas, debemos esperar a ver cómo evoluciona la práctica de esta institución renovada. Especialmente interesante será comprobar el criterio de la Dirección General de Derecho y Entidades Jurídicas de la Generalidad<sup>581</sup> en caso de que surja algún más que previsible conflicto interpretativo entre Notarios y Registradores<sup>582</sup>.

#### **4. La inscripción registral**

Cuestión sin duda de enorme importancia práctica, dada la inevitable asociación que históricamente ha existido entre el pacto de supervivencia y la compraventa de bienes inmuebles, es la referida a la inscripción de estas adquisiciones en el Registro de la Propiedad.

Dado el constante vaivén legal que hemos estudiado, así como la dualidad de legislaciones (Derecho Civil Común y Derecho Catalán) a que hemos debido atender, no estaría de más comenzar recordando que la competencia exclusiva sobre la ordenación de los registros e instrumentos públicos le corresponde al Estado, de conformidad con lo ordenado por el artículo 149.1.8ª de la Constitución. Huelga aclarar que el Registro de la Propiedad ha de considerarse comprendido en tal precepto. En consecuencia, existe un único Derecho Inmobiliario Registral, o Derecho Hipotecario, para toda España, que cuenta como textos normativos básicos con la Ley y el Reglamento Hipotecario.

---

<sup>581</sup> Hay que recordar que, de conformidad con la *Ley 5/2009, de 28 de abril, de los recursos contra la calificación negativa de los títulos o las cláusulas concretas en materia de derecho catalán que deban inscribirse en un registro de la propiedad, mercantil o de bienes muebles de Cataluña*, dichos recursos deben dirigirse a esta institución, siempre y cuando las calificaciones impugnadas o los recursos se fundamenten, de forma exclusiva o junto con otros motivos, en normas del derecho catalán o en su infracción.

<sup>582</sup> Se me ocurre que la propia interpretación de GARRIDO MELERO, notario en ejercicio en Tarragona, puede dar pie a que un registrador afín a la tesis de comunidad germánica califique desfavorablemente una de sus escrituras, con el consiguiente conflicto entre ambos. Veremos.

Dentro de esta estructura, en el ámbito jurídico catalán cobra especial importancia la Dirección General de Derecho y Entidades Jurídicas de la Generalidad, que desarrolla en Cataluña las competencias que en el resto de España ejerce la Dirección General de Registros y del Notariado, toda vez que entre sus funciones figura la de resolver cuantos recursos se planteen en el ámbito de la inscripción registral, siempre y cuando las calificaciones impugnadas o los recursos presentados se fundamenten, de forma exclusiva o junto con otros motivos, en el cumplimiento de normas del Derecho Catalán, o en su infracción.

En consecuencia, será a las resoluciones de dicha entidad a las que habremos de acudir toda vez que exista en el marco del derecho registral un conflicto que afecte a normas propias del Derecho Civil Catalán, bien derivado de la propia interpretación de estas normas, bien de su confrontación con la normativa estatal o autonómica; aunque, eso sí, siempre dentro del marco único de la legislación y reglamento estatales.

Volviendo la vista ya al objeto de nuestro estudio, no cabe sino afirmar que la relevancia de la legislación y práctica registral en relación con esta materia se hace evidente: una vez celebrada cualquier transmisión del dominio con pacto de supervivencia sobre un bien inmueble, lo más habitual será que los adquirentes busquen la seguridad que ofrece el Registro de la Propiedad, a fin de inscribir su título y dar publicidad del derecho adquirido, buscando la defensa *erga omnes* inherente a tal institución.

La labor del registrador, pues, cobrará trascendencia en dos momentos bien diferenciados: el primero tendrá lugar al proceder a inscribir el título de adquisición, al que el pacto de supervivencia queda adherido, sea el que fuere; el segundo momento llegará tras el fallecimiento de uno de los otorgantes, momento en que se revela una nueva alteración de la titularidad dominical. A esta segunda fase la

denominó con acierto PUJOL CAPILLA “purificación del pacto”<sup>583</sup>, ya que es entonces cuando los efectos del pacto experimentan una plena consumación.

Dado que esta segunda fase acontece tras la muerte de uno de los cónyuges, parece más oportuno su estudio dentro del apartado siguiente, destinado a contemplar los efectos del pacto de supervivencia tras el óbito de uno de los otorgantes. Por ello, de momento nos limitaremos a la primera.

En el momento de acceso inicial de la adquisición con pacto de supervivencia al Registro, dos son las cuestiones que, a la luz del principio de especialidad, plantean ciertos interrogantes: la primera, cómo se inscribirá el derecho adquirido de forma conjunta, teniendo en cuenta los diversos regímenes económicos en que puede pactarse. La segunda, si al pacto en sí se le reconoce trascendencia real, de modo que pueda inscribirse, o bien si pertenece al ámbito meramente obligacional, produciendo efecto simplemente entre los adquirentes, de modo que su concreción no tenga cabida en los precisos márgenes de la regulación hipotecaria.

#### **4.1. La inscripción del derecho**

La primera de las cuestiones plantadas constituye una de las novedades más interesantes originadas por la reforma de 2010. Antes de la misma, conviene recordar, las compraventas con pacto de supervivencia estaban limitadas subjetivamente a cónyuges casados bajo el régimen de separación de bienes o participación, quienes adquirirían *conjuntamente y por mitad*, por lo que el acomodo de la institución que nos ocupa respecto del régimen económico de los adquirentes era perfecto, no dando pie a ningún tipo de suspicacia. Incluso al extenderse a las parejas de hecho, la necesidad de adquirir cada uno una mitad indivisa de la finca excluía cualquier reticencia.

Esta situación, según lo que acabo de exponer en el epígrafe

---

<sup>583</sup> PUJOL CAPILLA, P., *op. cit.*, pag.201.

anterior, ha cambiado de forma notable, pues en la actualidad se ha eliminado la referencia a “mitades iguales”, rezando el texto actual que la adquisición será “conjunta”, sin más precisiones ni exigencias. A esto hay que sumar que ahora también se permite su empleo entre cónyuges sujetos a cualquier régimen, además de mantenerse entre parejas de hecho.

Todo esto cobra especial relevancia bajo el prisma del antes anunciado principio registral de especialidad, conflictiva lente a través de la que hay que visualizar el pacto.

El principio de especialidad, como todos los principios hipotecarios, presenta una cualidad específica propia, y es que constituye una verdadera norma jurídica. Los principios hipotecarios no son, como los principios generales del derecho, meras reglas o directrices, sino que constituyen verdadera ley. Esto es así porque su origen y su fundamento residen en los textos legales, de modo que actúan como una especie de resumen condensado de aquellos<sup>584</sup>, cuya utilidad recae precisamente en su concreción.

En este sentido, el principio de especialidad, íntimamente ligado a la publicidad inmobiliaria registral, responde al intento de aportar la máxima claridad y precisión posibles a dicha publicidad. Esto es, pone de relieve la necesidad de que tanto la finca inscrita como aquellos derechos reales que existan sobre ella, queden reflejados en el Registro del modo más claro y definido posible. Se persigue así lograr la más perfecta identificación posible tanto de la finca como de las incidencias más relevantes que puedan afectarla<sup>585</sup>.

Su campo de actuación, en consecuencia, recae sobre el objeto mismo de la publicidad registral, y “responde a la necesidad de

---

<sup>584</sup> De un modo más preciso, LACRUZ BERDEJO, J.L., DELGADO ECHEVERRÍA, J., y otros, *Elementos de Derecho Civil, Derecho Inmobiliario Registral*, Tomo III bis, Dykinson, Madrid, 2003, pag. 38: “Los principios son normas jurídicas: normas cuya formulación – y aquí estriba el servicio más señalado que prestan – ha sido convencionalmente abreviada de manera que una sola palabra o expresión da a conocer determinada regulación”.

<sup>585</sup> DOMÍNGUEZ LUELMO, A., “Artículo 8” *Comentarios a la Ley Hipotecaria*, dirigidos por DOMÍNGUEZ LUELMO, A., Lex Nova – Thompson Reuters, Valladolid, 2013, pags. 83 y 84; y MATEO Y VILLA, I., “Artículo 9”, en la misma obra, pags. 99 y 100.

concretar o individualizar los elementos de la publicidad registral: la finca, el derecho, los sujetos, el título y el asiento”<sup>586</sup>.

La aplicación práctica del principio de especialidad, desde un punto de vista subjetivo, supone la máxima concreción de este aspecto del derecho inscrito, pues exige no sólo la determinación precisa de los titulares del dominio y demás derechos reales que graven o existan sobre la finca objeto de inscripción (artículo 9.4ª de la Ley Hipotecaria y 51.9ª del Reglamento Hipotecario), sino también, en caso de que los titulares de un derecho sean varios sujetos, la concreción de la porción ideal de cada uno, con datos matemáticos que permitan conocerla sin margen de duda, tal y como consigna el artículo 54.1 del Reglamento Hipotecario. Eso es: no sólo debe consignarse al titular de cada derecho, sino también la cuota ideal que le corresponda en el mismo.

Por este motivo, la redacción legal clásica del pacto de supervivencia no implicaba una especial problemática: los titulares, siempre cónyuges casados bajo el régimen de separación de bienes, por regla general<sup>587</sup>, adquirirían el bien por mitad; esto es, cada uno de ellos, a efectos registrales, se inscribía como propietario de una mitad indivisa del inmueble.

Hoy en día, sin embargo, la práctica del pacto de supervivencia implica que, dejando al margen aquellas situaciones en que los adquirentes están sujetos a un régimen que, por su naturaleza, excluya el sistema de cuotas al someterse a formas próximas a la comunidad germánica (tales como el régimen de gananciales, la comunidad de bienes catalana y la asociación de compras y mejoras, en los que el cien por cien del dominio se adquiere de forma conjunta), el resto de situaciones vendrán protagonizadas por titulares de patrimonios diferenciados, que irremediablemente se verán abocados a una situación paradójica: que, rigiéndose sus matrimonios por concepciones más o menos amplias de patrimonios separados (máxime si tenemos en

---

<sup>586</sup> SANCHEZ SANCHEZ CALERO, F.J. y SANCHEZ-CALERO ARRIBAS, B., *Manual de Derecho Inmobiliario Registral*, Tirant Lo Blanc, Valencia, 2009, pag. 31.

<sup>587</sup> Recordemos la viabilidad de acordar el pacto, según la anterior legislación, por matrimonios casados bajo el régimen de participación, y parejas de hecho.

cuenta que en Cataluña el régimen legal supletorio es el de separación de bienes), la adquisición efectuada, por obra y gracia del pacto de supervivencia, elimina toda referencia a cuotas y convierte su derecho individual a una parte alícuota bien definida en un derecho sobre la totalidad de la misma. Tal concepción paradójica linda con el absurdo si pensamos en el caso de la pareja de hecho que adquiera con pacto de supervivencia, pues en este caso ni siquiera se puede apelar al carácter matrimonial de la adquisición como excusa para esta fusión dominical excepcional dentro de patrimonios diferentes.

Toda esta problemática, claro está, desaparecería en el momento en que la antes estudiada interpretación de GARRIDO MELERO se convirtiera en la dominante y se interpretara que cada cónyuge adquiere una mitad indivisa, tal y como ha venido sucediendo hasta la última reforma. Desde el punto de vista de la labor registral, sin duda sería la solución menos problemática. Pero, de no ser así, el registrador de turno se las verá con la incómoda tarea de inscribir la adquisición de un matrimonio casado en separación de bienes, o de una pareja de hecho, de forma conjunta y sin distribución de cuotas. Y, ¿acaso no contradice esto el principio de especialidad? Mi opinión es que en gran medida sí lo contradice; aunque es cierto que, sin necesidad de “inventar” cuotas iguales, se podría efectuar la adquisición conjunta haciendo valer la norma especial sobre la general, lo cierto es que algo chirría en esta modificación “extracapitular” del régimen económico. Y es que no debemos obviar la incidencia que la adquisición conjunta puede tener en la esfera patrimonial del matrimonio, especialmente en los llamados regímenes de separación<sup>588</sup>. Estos regímenes se caracterizan por mantener la independencia patrimonial de los cónyuges, cuyos patrimonios permanecen distintos e independientes entre sí, de modo que “no existen bienes comunes y cada cónyuge es titular privativo de todos los bienes que obtiene, antes de la boda y

---

<sup>588</sup> RAGEL SANCHEZ, L.F. señala que los diferentes regímenes económicos matrimoniales pueden ser clasificados en tres grupos: comunitarios, de separación de bienes y mixtos. En: RAGEL SANCHEZ, L.F., *Estudio legislativo y jurisprudencial de Derecho Civil: Familia*, Dykinson, Madrid, 2001, pag.228.

durante el matrimonio”<sup>589</sup>.

Siendo esta independencia elemento configurador de este tipo de régimen, lo cierto y real es que, tanto bajo el sistema del Código Civil como del Código Civil de Cataluña, se tolera una gran flexibilidad por parte de los cónyuges a la hora de configurar y personalizar el régimen por el que ambos van a dirigirse. Ahora bien, incluso dentro de esta libertad, existen unos cauces necesarios por los que transitar, y así mientras que el Código Civil establece en su artículo 1325 que los cónyuges podrán estipular, modificar o sustituir el régimen económico de su matrimonio o cualesquiera otras disposiciones por razón del mismo, añade como requisito formal preceptivo que dichas alteraciones se recojan en capitulaciones matrimoniales, las cuales deben constar necesariamente en documento público para tener validez (artículo 1327).

De modo semejante, el Código Civil de Cataluña en su artículo 231-19.1 sanciona que *en los capítulos matrimoniales, se puede determinar el régimen económico matrimonial, convenir pactos sucesorios, hacer donaciones y establecer las estipulaciones y los pactos lícitos que se consideren convenientes, incluso en previsión de ruptura matrimonial*; y el 231-22.1 ordena que dichos capítulos y sus modificaciones se otorguen en escritura pública.

Todo lo dicho tiene como fin último hacer incidencia en lo peculiar de que un pacto de naturaleza familiar y carácter presuntivamente oneroso dé lugar, sin que quepan muchas dudas, a producir una alteración en el sistema económico patrimonial por el que se rigen sus otorgantes, caso de obrar sujetos a cualquier régimen de separación de patrimonios. Y es que tal situación no queda al margen de la ley, pero sí parece que tiene que dirigirse por la vía capitular, y, en consecuencia, instrumentarse por la necesaria escritura pública.

Pensemos, por ejemplo, en la respuesta que se daría a un matrimonio regido por el sistema de gananciales que decidiera comprar con bienes adquiridos como rendimientos del trabajo por mitad y pro

---

<sup>589</sup> *Ibidem*.

indiviso, ¿qué respuesta se les daría? Pues igualmente imaginemos cónyuges en separación de bienes que quisieran adquirir conjuntamente y sin distinción de cuotas.

Si el pacto de supervivencia supusiera una alteración de las reglas por las que se rige el sistema económico de un matrimonio, dicho pacto implicaría una modificación de las mismas; y si esto fuera así, necesariamente habría de articularse por la vía capitular.

Por ello, no podemos dejar de señalar que el pacto, desde esta perspectiva, supone de hecho una evidente alteración del régimen económico del matrimonio, que hace que echemos la vista atrás y nos replanteemos las conclusiones de CALVO SORIANO, quien, recordamos, entendió el pacto de supervivencia como una suerte de acuerdo capitular<sup>590</sup>.

Todo esto no pone de manifiesto sino lo confuso de la redacción actual, que acarrea una serie de cuestiones que deben de ser aclaradas por la vía interpretativa. Ello supone que cualquier elucubración actual en que nos aventuremos quedará en suspenso hasta que exista alguna resolución de la Dirección General de Derecho y Entidades Jurídicas de la Generalidad que comience a marcar el camino para así salir de dudas. Y en este caso mi opinión es que no le bastará con apelar a la naturaleza “familiar” del pacto de supervivencia, sino que tendrá que profundizar más a fondo en su verdadera naturaleza como instrumento traslativo del dominio y configurador de una especial y confusa comunidad.

Hasta entonces, el parecer individual de cada cual será lo único que podremos confrontar al marco legislativo; y esto, de cara a aconsejar a dos compradores que se aventuren a incluir el pacto de supervivencia en una escritura, parece escasa garantía.

#### **4.2. Derecho real u obligación personal**

La segunda cuestión a la que deberá atender el registrador es a la

---

<sup>590</sup> *Vid supra*, Capítulo Segundo, apartado II, subapartado 2.3.



de la trascendencia a efectos registrales del pacto de supervivencia.

El principio de especialidad, en este sentido, de conformidad con los artículos 2.1º y 2º de la Ley Hipotecaria y 7 del Reglamento Hipotecario, impone la exigencia de que únicamente se inscriban aquellos títulos mediante los cuales se declare, transmita, constituya, reconozca, modifique o extinga el dominio u otros derechos reales sobre bienes inmuebles. Tal exigencia determina que aquellos otros títulos que únicamente alberguen un contenido obligacional no tendrán cabida en las páginas del Registro.

Más claramente aún, el artículo 9 del Reglamento Hipotecario precisa que *no son inscribibles la obligación de constituir, transmitir, modificar o extinguir el dominio o un derecho real sobre cualquier bien inmueble, o la de celebrar en lo futuro cualquiera de los contratos comprendidos en los artículos anteriores, ni en general cualesquiera otras obligaciones o derechos personales*, aunque sí ordena que en la inscripción registral se expresen las condiciones, suspensivas o resolutorias, si las hubiere, del derecho que se inscriba<sup>591</sup>.

En consecuencia, y partiendo de que el objeto de la inscripción registral queda constituido esencialmente por el dominio y resto de derechos reales sobre bienes inmuebles, aunque en los mismos no se agote la materia inscribible, una duda se colige de lo expuesto: el pacto de supervivencia, entre los cónyuges, ¿constituye en sí mismo una obligación de transmitir el dominio en el futuro, o es más bien un título válido de transmisión de la propiedad? Esto es: ¿estamos ante una obligación personal, cuyo contenido es el compromiso de una transmisión futura, o bien ante un autentico derecho real, mediante el cual se transmite el dominio?

Las restricciones al acceso de las obligaciones al Registro de la Propiedad son clásicas, y están bien fundamentadas. ROCA SASTRE

---

<sup>591</sup> ROCA SASTRE, R.M., ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L. y BERNA I XIRGO, J., *Derecho Hipotecario*, Tomo I, Bosch, Barcelona, 2008, pag. 274, destacan que igualmente hay que tener en cuenta que “pueden ser objeto de inscripción, si bien por *excepción*, incluso contratos generadores de *derechos personales*, obligacionales o de crédito, como son los contratos de arrendamiento y de opción de compra de inmuebles o derechos reales limitados sobre los mismos”.

expuso abiertamente el “criterio firmemente expresado en nuestra legislación hipotecaria de distinguir entre *derechos reales* inmobiliarios que tienen franco acceso al Registro y los *derechos personales*, obligacionales o de crédito que, por el contrario, son excluidos del mismo”<sup>592</sup>. Este criterio conlleva la imposición “no sólo de *cerrar el paso* al Registro de los derechos personales, sino la *expulsión* del mismo cuando improcedentemente han tenido acceso a él”<sup>593</sup>. Tales conclusiones encuentran indiscutible respaldo legal en los artículos 9, 51.6º y 7º y 98, y han sido refrendadas por la Dirección General de Registros en reiteradas resoluciones<sup>594</sup>.

Ahora bien, no debemos olvidar las dificultades que en ocasiones entraña diferenciar si nos encontramos ante un derecho real o ante una obligación personal. Mucho se ha escrito sobre esta cuestión, y entre la tesis clásica, que distingue de un modo radical los derechos de obligaciones de los derechos reales, y aquella que niega cualquier atisbo de diferencia entre unos y otros, existe un buen ramillete de posturas intermedias, que matizan este o aquel aspecto en busca de un equilibrio no siempre fácil de encontrar.

A fin de determinar la existencia de dos categorías jurídicas diferenciadas, punto de arranque que parece el más correcto, el primer aspecto que debemos examinar es el de sus elementos configuradores.

De un modo muy resumido<sup>595</sup>, podríamos exponer que el derecho real se caracteriza por requerir del sistema del título y el modo para su válida transmisión; de ser *preferentemente* limitado en su número, esto es, de partir de un *numerus clausus* establecido por la ley, pero que ha de interpretarse de un modo flexible y aperturista; de contar como

---

<sup>592</sup> ROCA SASTRE, R.M., *Derecho Hipotecario*, Tomo II, Bosch, Barcelona, 1968, pag. 659.

<sup>593</sup> *Ibidem*.

<sup>594</sup> *Ibid.*, pags. 659 a 661. El propio ROCA SASTRE cita las resoluciones de 27 de marzo de 1947, 7 de julio de 1949, 19 de mayo de 1952 y 29 de marzo de 1955, deduciendo la evidente repulsa por parte de legislación y jurisprudencia a admitir en el Registro de la Propiedad cláusulas de tipo personal y a dotar de trascendencia real a pactos que meramente recogen contenido obligacional.

<sup>595</sup> Sigo a HERNANDEZ GIL, A., *Obras Completas*, Tomo 4, *op. cit.*, pags. 12 a 39. Tras efectuar un preciso esbozo de algunas de las teorías principales, optó por contrastar los elementos estructurales y funcionales de ambos derechos, a fin de ir revelando sus notas características.

elemento definidor esencial *la cosa*, sin negar que la esencia de su configuración jurídica reside en regular relaciones entre personas, y no entre personas y cosas; de tener como sujeto pasivo a la colectividad; de tener una vocación temporal indefinida, si bien sujeta según los casos a una duración concreta; y de participar en la clasificación jurídica que ordena los derechos en absolutos y relativos según la eficacia y alcance de la protección que despliegan, perteneciendo los derechos reales a los primeros.

Los derechos de obligaciones, por su parte, serían el reverso de la moneda: quedan válidamente constituidos por acuerdo entre las partes, sin necesidad de tradición, pues no requieren de cosa material alguna para su configuración válida; son ilimitados en su número, aunque con matices, y participan del principio de autonomía de la voluntad del artículo 1255; su sujeto pasivo siempre suele estar bien definido y es una persona o personas concretas, pues la estructura acreedor/deudor es la que define su dimensión subjetiva; tienden a estar limitados en el tiempo; y, desde el punto de vista de la protección que ofrecen al titular de los mismos, son derechos relativos, pues no buscan imponerse a toda la colectividad, sino únicamente a los sujetos pasivos vinculados por la relación jurídica establecida, esto es, a los deudores.

Tales fronteras, claro está, ni son tan claras ni tan fáciles de ver en todos los casos. Son más nítidas, por ejemplo, en las obligaciones de hacer y no hacer que en las de dar; o en el derecho de propiedad que en los derechos reales de garantía<sup>596</sup>.

Desde el punto de vista registral, esta complicación alcanza especial relevancia, toda vez que la Ley Hipotecaria dota al Registrador de criterio selectivo, esto es, le habilita/obliga a decidir cuando un derecho que se presenta para acceder al Registro constituye un derecho de naturaleza real o se trata de una mera relación personal u

---

<sup>596</sup> *Ibid.*, pag.38. La conclusión que establece HERNANDEZ GIL es que “tanto en el plano de lo normativo como en el de lo sociológico y en el de la construcción jurídica, queda afirmada la distinción entre los derechos reales y los de obligaciones. Ello no significa, sin embargo, que no ofrezca dificultades (...) El problema delicado estriba en calificar como reales u obligacionales los derechos que, surgidos a la vida del tráfico, no es conocida de antemano su exacta naturaleza, y hay que determinarla”

obligacional, caso este en que está obligado a discriminar y rechazar su entrada en el registro, o bien depurar aquellos que, erróneamente, hayan accedido al mismo.

Y es aquí donde debemos detenernos. Si volvemos a leer el contenido del artículo 231-15 en sus apartados 1 y 2, pueden surgir las siguientes preguntas:

¿El pacto de que habla el párrafo 1, que alcance tiene?

Las obligaciones que establece el párrafo 2, ¿a quienes obligan y limitan, realmente?

Tales cuestiones no tienen como fin sino dilucidar si el pacto de supervivencia se configura un negocio de verdadera trascendencia real, o bien si sólo actúa como una mera obligación personal entre las partes<sup>597</sup>.

La respuesta, atendiendo a la tradición jurídica de esta institución, viene predeterminada, pues el pacto de supervivencia ha accedido sin problemas al Registro de la Propiedad a lo largo del pasado siglo. La vocación real del pacto está fuera de toda duda, y nos dimensiona frente a un acuerdo mutuo de transmisión de la propiedad cuyo perfeccionamiento se produce desde el mismo instante en que se otorga, quedando su eficacia en suspenso hasta el acontecimiento del hecho luctuoso que lo consuma. Tal eficacia puede revestirse bien bajo los ropajes de las transmisiones *inter vivos* (contrato oneroso y aleatorio, o doble condición suspensiva y resolutoria, por ejemplo), bien *mortis causa* (pacto sucesorio, donación *mortis causa*).

Su consideración como obligación personal convertiría el pacto de supervivencia en un deber de transmitir en el futuro contraído entre las partes, limitado a la esfera personal de estas.

Tal planteamiento no deja muchas dudas sobre su falta de fundamentación. El pacto de supervivencia actúa como una auténtica carga, en el sentido de que limita no sólo el destino de una parte de lo

---

<sup>597</sup> HERNANDEZ GIL, *Ibid.*, pag. 39, sin duda con mayor precisión y gusto, formularía la cuestión del siguiente modo: “¿Cuándo resulta afectado el derecho de propiedad, abstracción hecha de cuál sea el titular, y cuándo se trata de una obligación personalmente asumida? He aquí el punto álgido de la cuestión”.

adquirido, sino el propio ejercicio del dominio sobre el bien en que recae. El pacto de supervivencia no puede entenderse como una simple obligación personal contraída entre los cónyuges, sino que todo su diseño legal va encaminado a dotarlo de verdadera trascendencia real desde el momento mismo de su inclusión. Todas las reglas del 231-15, que sin duda tendrían plena validez en la mera esfera personal de los adquirentes, adquieren sin duda su verdadera relevancia desde el momento en que el pacto tiene acceso al Registro, pues ahí la tutela de la fe pública registral lo envuelve de toda su eficacia y actúa como verdadero freno y escudo frente a posibles conductas encaminadas a alterar su destino, por un lado, y como garante de los derechos del tercero hipotecario, que así puede conocer las particularidades inherentes al objeto de su interés.

Otro punto importante de cara a rechazar su carácter de obligación personal es que, por su propia naturaleza, nunca los otorgantes del pacto podrían personalmente cumplir aquello a lo que se obligan pues es condición *sine qua non* que uno de ellos fallezca para ser el otro titular de la “parte” del otro. En la práctica, esto supondría que deberían ser los herederos del fallecido los que dieran cumplida cuenta de aquello lo que se obliga el causante, lo que en todo punto nos aleja del espíritu del pacto, que precisamente persigue sustraer el bien objeto del mismo del caudal hereditario y de las injerencias de los herederos, dotando de un preciso tránsito instantáneo al bien interesado.

No debemos olvidar que el pacto de supervivencia no constituye sólo un mandato de adquisición del dominio para un momento futuro, sino que también impone una serie importante de limitaciones, incluso a la hora de transmitir libremente la propiedad por uno de los adquirentes. En este sentido, como pacto que configura el contenido del derecho, limitando la libre disposición del mismo y condicionando el modo mismo de inscribir dicho derecho, dada la posible eliminación de cuotas que lleva consigo, no debemos dudar de su dimensión claramente registral, y por tanto de la idoneidad de su inscripción.

Esta idoneidad se refuerza aún más si entendemos el pacto no como una obligación personal de transmitir en un futuro, sino como una transmisión perfeccionada en el momento de celebrarse el contrato, pero de eficacia *post mortem*. Esto es, una indeterminación transitoria del sujeto titular de la totalidad de la cosa.

A esta solución, según hemos visto, se puede llegar de muy diversos modos, bien bajo el prisma de la doble condición suspensiva y resolutoria, bien del contrato oneroso y aleatorio, o bien del pacto sucesorio recíproco sobre cosa cierta. Y bajo todos estos modos el pacto, a mi entender, tendría cabida en el Registro, pues en ningún caso constituiría una mera obligación de transmitir, sino que más bien se erige en factor determinante de la titularidad misma del inmueble, cuyo alcance queda en suspenso hasta la verificación del fallecimiento de uno de los cónyuges.

Por ello, parece no sólo lo más lógico, sino incluso la única solución plausible, considerar la naturaleza real del pacto como verdadero título traslativo del dominio.

#### **4.3. La incompatibilidad con el heredamiento universal**

Cuestión diferente a todo lo visto hasta ahora, pero que también debe recabar la atención del registrador, es la referida a la existencia de **los heredamientos**. Una vez determinada la validez del pacto como elemento susceptible de inscripción, es imperativo, para que el mismo tenga plena validez y eficacia, que no resulte posterior en el tiempo a un heredamiento universal igualmente válido. Detengamos en ello.

El artículo 431.18 del Código Civil de Cataluña define el heredamiento como un pacto sucesorio de institución de heredero, que confiere a la persona instituida la calidad de sucesora universal del heredante con carácter irrevocable. De la institución de heredero universal y del carácter irrevocable de la misma surge la reseñada incompatibilidad con un posterior pacto de supervivencia, ya que

previamente se ha establecido el compromiso de transmitir como un todo, de forma *mortis causa*, el patrimonio del heredante.

La incompatibilidad, según se ha señalado, queda siempre condicionada por la posterior eficacia del heredamiento, y su eficacia depende ante todo de anteceder en el tiempo al pacto de supervivencia: “la razón de ser de ello radica en el hecho de no haberse tomado en consideración al otorgarse el heredamiento la posible venta con pacto de supervivencia ulterior”<sup>598</sup>. Esta incompatibilidad, sigue el citado autor, no se produciría de darse primero el pacto de supervivencia, pues entonces en el momento de configurar el heredamiento “se es consciente de la existencia del negocio anterior, de forma que se evitan los problemas de compatibilidad”<sup>599</sup>.

En este sentido, se ha puntualizado por la doctrina que es “la idea de *irrevocabilidad* la que hace que la *cualidad de heredero* sea actual, y vigente a partir del momento del otorgamiento del pacto”<sup>600</sup>; precisando a continuación que dicha cualidad de heredero determina que si el instituido heredero fue también otorgante del pacto sucesorio, al morir el heredante, esta circunstancia conlleva la transmisión directa de los bienes de la herencia, sin necesidad siquiera de aceptación, toda vez que ya manifestó en su día dicha aceptación.

En consecuencia, nos encontramos con que la naturaleza irrevocable y universal del heredamiento es la que justifica su incompatibilidad con el pacto de supervivencia. Esta incompatibilidad parece justificarse en que, como previamente se convino el destino final del patrimonio del heredante, el pacto carece de valor. Y carece de valor porque, según podemos interpretar, supone una mengua injusta en el haber hereditario pactado de antemano.

Siendo esto así, parece lógico que nos planteemos qué lugar ocupa el *poder de disposición del heredante* en todo esto, especialmente

---

<sup>598</sup> PUIG BLANES, F.P., *Comentarios al Código Civil de Cataluña*, Tomo I, *op. cit.*, pag. 277.

<sup>599</sup> *Ibid.*

<sup>600</sup> DEL POZO CARRASCOSA P., *Tratado de Derecho de Sucesiones*, dirigido por GETE-ALONSO CALERA, M.C., Tomo I, SOLE RESINA, J. (Coord.), Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2011, pag. 1385.

en lo que se refiere a transmisiones por actos *inter vivos*.

El artículo 431-25.1 del Código Civil de Cataluña consagra el poder de disposición del heredante siempre y cuando la transmisión efectuada tenga *carácter oneroso*. Es decir, una vez otorgado el heredamiento, con el preceptivo nombramiento de heredero, el heredante podrá celebrar libremente negocios onerosos sin que ello entrañe lesión alguna respecto del derecho adquirido por el heredero. En este sentido se ha dicho que “resulta lógico que el heredante no vea limitado su poder de disposición a título oneroso sobre tales bienes, pues el valor total de su patrimonio no tiene por qué verse necesariamente perjudicado: de su patrimonio sale un bien, pero ingresa la contraprestación, que puede acabar incorporándose al heredamiento (art. 431-28.2 y 3)”<sup>601</sup>.

No ocurre lo mismo respecto de las transmisiones gratuitas, pues en este caso el heredante sólo podrá disponer de aquellos bienes que explícitamente se haya reservado al pactar el heredamiento; o bien requerirá el consentimiento expreso del heredero, según los artículos 431-22.1 y 431-25.3 del Código Civil de Cataluña.

Como salvaguarda de su derecho, se permite al heredero impugnar los actos dispositivos del heredante que le sean perjudiciales, incluso en vida de este. Tal impugnación alcanza por supuesto a los actos gratuitos, pero también a los onerosos si se logra demostrar que se efectuaron con la intención esencial de perjudicarlo (artículo 431-25.1 y 3).

En conclusión: el disponente podrá efectuar cualquier negocio oneroso siempre y cuando no le guíe el propósito esencial, esto es, causal, de perjudicar a su heredero; pero no podrá efectuar actos de disposición a título gratuito, dejando a salvo los supuestos indicados.

Esta conclusión nos obliga a volver la vista atrás y releer de nuevo el citado 231-16, que determina la ineficacia del pacto de supervivencia siempre que sea posterior a un heredamiento universal eficaz. La eficacia del heredamiento, lógicamente, depende de que el heredero viva

---

<sup>601</sup> *Ibid.*, pag.1387.



y haga suyo el patrimonio del fallecido.

Ahora bien, al establecerse de modo indefectible la ineficacia general del pacto de supervivencia que coexista con un heredamiento previo eficaz, aquella sólo puede entenderse justificada si dicho pacto implica una disposición de carácter gratuito, esto es, un negocio de naturaleza sucesoria, o una donación. Y esto es así porque, en caso de que el pacto de supervivencia entrañara un *negocio oneroso*, tal prohibición genérica carecería de fundamento lógico, pues limitaría la capacidad dispositiva del heredante más allá de lo razonable, ya que de antemano le parece presuponer, en consonancia con lo indicado por el artículo 431-25.1 y 3, una intención lesiva para los intereses del heredero.

Tal intención dominante, sin embargo, es muy discutible en este caso, pues, como recordaremos, al estudiar a los defensores del carácter oneroso del pacto, estos fundamentaban reiteradamente el mismo en el ánimo de cada uno de los otorgantes de adquirir la parte del otro, que constituiría así su incentivo y causa esencial. Pues bien, tal argumento excluye como causa de celebración el perjuicio del heredante. Esto se hace evidente dado que, si defendemos la naturaleza onerosa del pacto de supervivencia, el ánimo de enriquecimiento como causa de celebración excluye necesariamente como causa la de menoscabar al heredero.

El contraste de la regulación del heredamiento universal y sus restricciones a la hora de disponer con la prohibición del 231-16, revela la actual falta de fundamento de esta prohibición, pues, ¿por qué va a ser en principio aceptable que un heredante venda una propiedad y gaste todo lo adquirido (hecho que no tiene en absoluto por qué encubrir un ánimo lesivo expreso), y no que efectúe una adquisición junto con su cónyuge, que en último caso, incluso, puede deparar a su heredero, de no fallecer el heredante en primer lugar, el pleno dominio de una nueva propiedad?

Y es que, recordemos, la prohibición tiene efecto cuando el pacto *sea posterior al heredamiento*, de modo que la propiedad sujeta al pacto

*no estaría nunca dentro del patrimonio del heredante al tiempo de otorgar el heredamiento.* Luego, ¿qué sentido tiene esto? ¿Qué se protege? En el mejor de los casos, se está limitando que el heredante efectúe una inversión de cierto riesgo; y, en el peor, que el heredero adquiera una nueva propiedad. Pero, ¿con qué fin?

La respuesta más lógica, de nuevo, es que el legislador, aun de modo inconsciente, parece entender un ánimo gratuito, y sucesorio, en la transmisión.

La categórica prohibición sólo se explica al interpretar el pacto de supervivencia como una suerte de donación *mortis causa* o, acaso con mayor rigor, a mi juicio, *un tipo de pacto sucesorio*. En estos dos casos, sí tendría sentido la prohibición genérica de coexistir con un heredamiento, pues se trataría de un acto gratuito arbitrario en perjuicio de un compromiso anterior. Pero, de continuar afirmándose su carácter oneroso, sigo sin encontrar un fundamento... Máxime si de tal incompatibilidad no se derivan sino una injustificable presunción *iuris et de iure* de mala voluntad por parte del heredante-adquirente, y una detestable limitación a la libertad de contratación inherente al sujeto.

Yendo más allá, se podría incluso afirmar que, caso de que el pacto de supervivencia entrañase realmente un negocio oneroso y aleatorio, parecería más lógico que el *alea* se transmitiera al heredero como parte del patrimonio a heredar, que es lo que ocurriría con cualquier otro negocio oneroso. El fundamento de esto es claro, pues, en última instancia, no será otro sino él quien se beneficie de los efectos del mismo, o, en caso contrario, se vea perjudicado.

Estas reticencias sobre la incompatibilidad del pacto de supervivencia con el heredamiento surgen también en el seno de la doctrina<sup>602</sup>. Todo ello conduce a que mi impresión, de nuevo, sea que la

---

<sup>602</sup> PUIG BLANES, F.P., *Comentarios al Código Civil de Cataluña*, Tomo I, *Comentarios al Código Civil de Cataluña*, Tomo I, *op. cit.*, pag. 277. El autor expone sus dudas al afirmar que la razón de ser la incompatibilidad “parece encontrarse en la esencia del pacto como instrumento de tratar de compensar por los efectos del régimen de separación de bienes, aunque debido a que no se limita la posibilidad de celebración de las ventas con pacto de supervivencia a los matrimonios que se rigen por este régimen, es una cuestión que no cabe indicar sino que queda abierta”.

incompatibilidad del pacto de supervivencia con el heredamiento universal viene a resaltar el carácter de transmisión gratuita *mortis causa* del primero. Sólo así tiene pleno sentido, y no entra en conflicto con la regulación del heredamiento.

No debemos olvidar, en este sentido, que en el preámbulo del Libro Segundo del Código de Familia se “hermana” el pacto de supervivencia con los heredamientos y las atribuciones particulares, pese a insistir en su naturaleza familiar. Sin embargo, ¿qué quiere decir, realmente, “naturaleza familiar”? En muchas ocasiones, no es más que un epíteto. Podríamos decir que las legítimas son una institución familiar, lo que, dado su campo subjetivo de acción, es innegable, y, sin embargo, nos quedaríamos muy cortos. Algo muy parecido, me temo, ocurre aquí.

El carácter familiar del pacto no excluye su naturaleza sucesoria. Lo que se busca con el mismo es transmitir, para después de la muerte, el pleno dominio de una propiedad a aquella persona con la que dicha propiedad fue compartida en vida. Sólo desde esta perspectiva cobra relevancia y sentido la incompatibilidad con el heredamiento universal, al movernos en el ámbito de las transmisiones gratuitas.

Si, por el contrario, entendemos el pacto de supervivencia como un negocio oneroso, pretender justificar que una persona, tras celebrar un heredamiento, podría transmitir a cualquiera cualquier bien de su patrimonio de forma onerosa, menos a su cónyuge bajo la forma de un pacto de supervivencia expreso en el título de adquisición, estaríamos desvirtuando plenamente esta institución, y privándola de eficaz vida jurídica.

De nuevo observamos, en definitiva, como el pasado excesivamente revuelto de esta institución siembra de dudas su presente. Por ello, puede ser un buen momento para aclarar la realidad presente de la misma. Si se diferenciaron y separaran las tres fases<sup>603</sup>

---

<sup>603</sup> La primera fase abarcaría desde su incierto origen en el siglo XIX hasta 1960, fase en que todo su desarrollo se produce en el ámbito del derecho consuetudinario y doctrinal; la segunda, desde la Compilación de Derecho Civil y la entrada en vigor del Libro II del Código Civil de Cataluña; y la tercera, a partir de este momento.

normativas por las que ha evolucionado el pacto de supervivencia, y se atendiera a los cambios impresos al mismo, de cara a cualquier estudio se ganaría mucho, y se aclararía aún más.

De todo lo dicho, por cerrar la cuestión sobre los heredamientos y el pacto de supervivencia volviendo al ámbito registral, no se sigue que el registrador deba rechazar la inscripción de la venta con pacto de supervivencia de existir un heredamiento previo, ya que, antes bien, debe proceder a inscribirla. Lo que ocurrirá es que, de ser una inscripción posterior a un heredamiento, su validez y eficacia quedarán subordinadas a la propia eficacia del heredamiento, esto es, que el instituido pueda hacer valer su derecho en ese momento posterior. En caso contrario (fallecimiento, renuncia...), el pacto adquiriría plena validez y devendría eficaz al verificarse su resultado.

BALLESTEROS ALONSO, en relación con lo que antecede, señaló que le parecía oportuno que, en el momento de inscribir la compraventa con pacto de supervivencia, los cónyuges no sólo manifestaran no haber otorgado heredamiento previo, sino incluso acompañar a la escritura de compra con los certificados de últimas voluntades de los adquirentes, a fin de verificar la inexistencia de aquellos<sup>604</sup>.

PUJOL CAPILLA, continuando en la línea expuesta, acentúa la necesidad de que los adquirentes manifiesten al menos que no existen heredamientos previos que impliquen la ineficacia del pacto. Incluso cita el caso de un registrador de la propiedad que negó la inscripción de una venta con pacto de supervivencia por no acompañarse la escritura pública de los certificados de últimas voluntades<sup>605</sup>.

Tales exigencias, sin embargo, a día de hoy no parecen encontrar respaldo en el texto actual. Y es que las puntualizaciones del mencionado autor se fundamentan en el texto vigente en 1988, artículo 61 de la Compilación, que indicaba que el *pacto de supervivencia no podrá estipularse cuando los cónyuges hayan otorgado heredamiento a favor de los contrayentes o heredamiento puro a favor de los hijos*.

---

<sup>604</sup> BALLESTEROS ALONSO, M., *op. cit.*, pags. 459 y siguientes.

<sup>605</sup> PUJOL CAPILLA, P., *op. cit.*, pag. 203.

Entonces, la prohibición de coexistencia entre pacto y heredamiento era taxativa. En la actualidad, sin embargo, el Código Civil mantiene el espíritu de la reforma de 1993, que hacía depender la ineficacia del pacto de supervivencia de la eficacia del heredamiento al morir el heredante.

Tal exigencia, mantenida en el texto actual, excluye a mi entender cualquier reticencia previa respecto del carácter inscribible o no inscribible del pacto, pues la existencia del heredamiento únicamente determinará la ineficacia del pacto al verificarse en el momento del fallecimiento de uno de los otorgantes la validez o no de los heredamientos previos que pudieran existir.

Por ello, la labor del registrador debe limitarse, en esta primera fase, a constatar la presencia o no de tales heredamientos, sin ir más allá. Será en la fase de purificación del pacto cuando deberá constatar si aquellos heredamientos anteriores han tenido o no eficacia, a través de los medios que crea oportunos<sup>606</sup>.

#### **4.4. Publicidad**

Una vez se haya procedido a practicar la inscripción de la venta con el pacto de sobrevivencia, el efecto registral más significativo, en una primera instancia, al amparo del principio de publicidad, será la salvaguarda del compromiso pactado, de modo que no se podrá practicar una posterior inscripción en el Registro que contradiga el especial régimen de comunidad surgido del artículo 231-15 del Código Civil Catalán. Esto parece lógico y oportuno. De esta forma, ninguno de los cónyuges podrá, sin contar con el consentimiento del otro, enajenar el bien objeto del pacto o gravarlo. Tampoco se podrá ejercitar válidamente la acción de división de la cosa común.

A la vez, informará a posibles interesados en la adquisición de la finca, o a futuros acreedores, del particular sistema que impera sobre la

---

<sup>606</sup> En principio, se me ocurre que, a fin de determinar la ineficacia del heredamiento previo inscrito, debería bastar con un certificado de defunción del heredero.

misma. De este modo, las limitaciones del pacto adquieren eficacia *erga omnes*, alcanzando la plena seguridad y tutela que confiere la fe pública registral.

Por el contrario, la ausencia de inscripción de la finca sujeta al pacto de supervivencia supondrá la plena eficacia de sus limitaciones entre los cónyuges, pero en absoluto alcanzará a terceros. Es por ello por lo que adquiere especial relevancia su trascendencia registral: dado que es un negocio que establece concretas y drásticas restricciones tanto a la enajenación de la finca, así en vida de ambos adquirentes como tras producirse el fallecimiento de uno de ellos, cuanto a su gravamen, la publicidad que otorga el registro se configura como una verdadera salvaguarda para los derechos de los titulares y de los terceros interesados, ya sean acreedores, posibles adquirentes o herederos.

La conclusión que se sigue de todo esto es no sólo la naturaleza inscribible del pacto de supervivencia, sino la evidente vocación registral del mismo, ya que es la inscripción la que le dota de verdadera eficacia frente a todos, y actúa de verdadera salvaguarda de su contenido.

Desde el punto de vista defendido de la naturaleza sucesoria del pacto, podemos traer a colación, en consonancia con lo dicho, el artículo 431-8, pues en su párrafo 2, relacionado con los pactos sucesorios, establece lo siguiente:

*Los heredamientos y las atribuciones particulares ordenados en pacto sucesorio pueden hacerse constar en el Registro de la Propiedad, en vida del causante, por medio de nota al margen de la inscripción de los bienes inmuebles incluidos en el heredamiento y que no hayan sido transmitidos de presente o de los bienes inmuebles que sean objeto de una atribución particular.*

Pensamos que este artículo no sólo no contradice nada de lo anterior, sino que incluso puede servir de refuerzo a todo lo dicho, en el sentido de que el propio Código Civil Catalán prevé que este tipo de

pactos puedan quedar inscritos de forma marginal en la página correspondiente del Registro de la Propiedad, ofreciendo así una mayor seguridad y estabilidad.

De nuevo comprobamos, pues, como la identificación del pacto de supervivencia con un pacto sucesorio de atribución particular no sólo no crea obstáculos e imprecisiones, sino que lo dota de una mayor coherencia y estabilidad jurídica. El refuerzo de este artículo, desde el punto de vista del Derecho Inmobiliaria Registral, es más que evidente, y distrae cualquier posible suspicacia respecto de la inmatriculación del mismo.

## **II. Efectos tras la muerte de uno de los adquirentes**

### **1. Consolidación del pleno dominio en el sobreviviente**

El fallecimiento de uno de los adquirentes da lugar a la consolidación del pleno dominio del bien adquirido con pacto de supervivencia a favor del superviviente. Esto es aceptado de forma generalizada, y confiere a esta segunda fase un carácter definitorio y terminante. Con la muerte de uno de los cónyuges, el pacto de supervivencia produce su efecto principal, aquél que motivó su inclusión en la adquisición previa, y su devenir constituye el cierre de la transitoria etapa de condominio que antes hemos examinado, para desembocar en el definitivo afianzamiento de la propiedad en uno solo de los otorgantes<sup>607</sup>.

---

<sup>607</sup> El pacto de supervivencia guarda ciertas semejanzas con la posibilidad prevista tanto en el Código Civil francés (artículos 1524 y 1525), como el Código Civil belga (artículo 1451), de que los cónyuges casados bajo el régimen legal de comunidad, puedan formar una comunidad universal, con un pacto añadido de atribución de la totalidad de los bienes que integran la comunidad al esposo sobreviviente. Tal construcción se configura legalmente en el Código Civil francés del siguiente modo:

Artículo 1524, párrafo primero: *L'attribution de la communauté entière ne peut être convenue que pour le cas de survie, soit au profit d'un époux désigné, soit au profit de celui qui survivra quel qu'il soit. L'époux qui retient ainsi la totalité de la communauté est obligé d'en acquitter toutes les dettes.*

Artículo 1525, párrafo primero. *La stipulation de parts inégales et la clause d'attribution intégrale ne sont point réputées des donations, ni quant au fond, ni quant à la forme, mais simplement des conventions de mariage et entre associés.*

No debe extrañarnos tal conclusión. Desde sus inciertos orígenes, el pacto de supervivencia se ha configurado siempre como un negocio jurídico que se define teleológicamente por esta concreción del dominio en una sola persona. No ha variado desde su inicial estadio consuetudinario, y a lo largo de diferentes regulaciones, hasta el día de hoy. Tal consolidación del dominio es el elemento que define esta institución y la dota de su verdadero significado; y esto hasta el punto de que es el elemento que permite identificarla como una misma institución a lo largo del tiempo, con ligeras variaciones en cuanto a su regulación interna.

No obstante, si pacífica es la opinión general sobre este extremo, no lo es tanto, desde luego, el sentir general relativo al modo en que se

---

Esta construcción, en cuanto pacto referido a la totalidad del patrimonio de los otorgantes, recuerda sin duda a los pactos sucesorios de institución de heredero, tales como los heredamientos. Sin embargo, escapa del ámbito sucesorio por expresa disposición del artículo 1525, que sanciona que no se reputarán estas atribuciones donaciones, ni en cuanto al fondo, ni en cuanto a la forma, sino simples pactos capitulares.

La solución frente al posible fraude a las legítimas, que lleva implícito la institución, se salva con la exigencia de una homologación judicial (artículo 1397), a través de la cual se examina la causa de la aplicación del contrato. En tal procedimiento normalmente se citará a los futuros legitimarios, resolviendo el juez en un sentido u otro, en atención al interés de la familia.

La solución del Código Civil belga es semejante:

Artículo 1451: *Les époux qui ont adopté un régime en communauté ne peuvent déroger aux règles du régime légal qui concernent la gestion des patrimoines propres et commun. Sous réserve des dispositions des articles 1388 et 1389, ils peuvent, par contrat de mariage, apporter toute autre modification au régime légal.*

*Ils peuvent notamment convenir:*

- (...)
- *qu'en cas de dissolution du mariage par le décès d'un des époux, le partage du patrimoine commun se fera par parts inégales ou que tout ce patrimoine sera attribué à l'un des époux.*

*Ils restent soumis aux règles du régime légal auxquelles leur contrat de mariage ne déroge pas.*

La divergencia de ambas regulaciones con el pacto de supervivencia, pues, es notoria, dado que este únicamente se refiere a un bien concreto, y además sujeta su disposición a los mecanismos de control clásicos del régimen sucesorio: compatibilidad con las legítimas e imputación a la cuota a percibir por el viudo, en tal concepto (cuarta viudal en el caso catalán). Sin embargo, no puede negarse que un espíritu semejante anima dichas instituciones, en cuanto las tres persiguen una mismo fin, que es atribuir al cónyuge superviviente, tras la muerte de su consorte, con ánimo de beneficiarle, bien la totalidad de una cosa concreta (pacto de supervivencia catalán), bien de una comunidad de bienes (sistema francés y belga).

Véase a mayor abundamiento LOPEZ NAVARRO, J., *Informe de septiembre de 2006 para oficiales y auxiliares de notarías*, en: <http://www.notariosyregistradores.com/PERSONAL/NOTARIAS/2006-septiembre.htm>.



produce el tránsito dominical. En modo alguno encontramos a este respecto un rotundo consenso, sino, más bien, un vivo debate que continúa hasta nuestros días. En efecto, la reunión de la propiedad en el cónyuge supérstite ha sido abordada desde diversas ópticas, y, pese a que su consecuencia práctica sea en todo caso una y la misma, su construcción dogmático-jurídica, según atendamos a unos u otros, adquiere tintes que resultan, en ciertos aspectos, irreconciliables.

Como punto de partida, podemos situarnos en la relativa aquiescencia existente sobre el hecho de que dicho tránsito opera de un modo inmediato o “automático”; es lo que, pese a sus importantes divergencias, se desprende de los primeros estudios existentes sobre esta institución<sup>608</sup>.

En esa misma línea, se ha considerado que la adquisición de la parte del premuerto se transfiere automáticamente al cónyuge supérstite, sin necesidad siquiera de aceptación por su parte. De este modo, la cosa sujeta al pacto constituiría un bien relicto que se desvía, por efecto del pacto de sobrevivencia, del curso hereditario normal, eludiendo su consideración como elemento patrimonial integrante del *relictum*, para subsumirse directamente en el patrimonio del superviviente<sup>609</sup>. Esta integración podría llevarse a cabo incluso sin necesidad de efectuar ningún tipo de ratificación o renovación por el supérstite, subrayándose así su naturaleza automática<sup>610</sup>.

El Tribunal Superior de Justicia de Cataluña se pronunció en parecidos términos en la ya previamente citada sentencia de 11 de

---

<sup>608</sup> Así CALVO SORIANO, A., *op. cit.*, pag.392: “adquisición automática a favor del sobreviviente por el mero óbito del premuerto”; y VALLET DE GOYTISOLO, J.B., “Las Compras con Pacto...”, *op. cit.*, pag. 307: “la adquisición definitiva se consolidará total y exclusivamente en el supérstite”

<sup>609</sup> ROCA SASTRE, R.M., “Las compras con pacto de sobrevivencia”, *op. cit.*, pag.481. Así también CABRERA HERNANDEZ, J.M., *op. cit.*, pag. 48: “el bien se hace por entero propiedad del otro, sin que deba formar parte de la herencia de aquél”; y O’CALLAGHAN MUÑOZ, X., *Comentarios al Código Civil...*, *op. cit.*, pag.108: “en el momento de fallecer uno de ellos su parte no se transmite al otro, pues no hay partes ni cuotas más que idealmente en esta comunidad, sino que, por razón del pacto de sobrevivencia, la titularidad compartida del derecho de propiedad se convierte en titularidad exclusiva. No hay adquisición por el cónyuge sobreviviente, sino que éste amplía su titularidad compartida del derecho de propiedad sobre la cosa y la hace titularidad exclusiva”.

<sup>610</sup> CABRERA HERNANDEZ, J.M., “El contrato de...”, *op. cit.*, pags. 49 y 50.

febrero de 1997, al considerar que *el fallecimiento del cónyuge no supone que su cuota ideal en la cosa adquirida se transmita al otro cónyuge y éste la adquiera «mortis causa», sino que supone que la colectividad conyugal, constituida sobre aquel bien, desaparece para dar lugar a un titular único, pues ahora ya no ha de compartir su derecho de propiedad con otra persona.*

Tales opiniones, como vemos, insisten en la idea de que desde el momento mismo en que se produce el fallecimiento de uno de los propietarios, y sin necesidad de acto alguno que implique ratificación o aceptación, la parte del premuerto pasa a formar parte de dominio del supérstite, sin llegar en ningún caso a integrar el *relictum*.

Ahora bien, tras todas estas afirmaciones, categóricas y rotundas, se esconde una cuestión de indudable importancia: ¿cómo tiene lugar ese *automatismo*?

AMENGUAL PONS responde a esta pregunta poniendo de manifiesto la tradicional polémica que acompaña a esta institución, pues afirma que “acaecida la muerte de uno de los esposos, el que sobreviva adquirirá automáticamente la mitad del premuerto, por donación *inter vivos* o *mortis causa*, por heredamiento, por sucesión a título singular, acrecimiento, etc., según las diversas opiniones que hemos examinado, pero indudablemente existirá una transmisión entre cónyuges y a título lucrativo”<sup>611</sup>.

Tal conclusión acerca de la gratuidad de la transmisión, sin embargo, no es ni mucho menos compartida. El punto de vista contrario lo puede resumir la postura de O’CALLAGHAN MUÑOZ, pues, tras rechazar que el pacto de supervivencia pudiera constituir “un pacto capitular, un supuesto de sucesión contractual, un heredamiento mutuo o una donación *mortis causa*”<sup>612</sup>, figuras todas ellas de naturaleza gratuita, afirmó su carácter de negocio jurídico oneroso y aleatorio, en función de los criterios de contraprestación y riesgo<sup>613</sup>.

Una tercera visión sería la de QUINTANA PETRUS, quien justificó

---

<sup>611</sup> AMENGUAL PONS, P.J., *op. cit.*, pag. 400.

<sup>612</sup> O’CALLAGHAN MUÑOZ, X., *Comentarios al Código Civil...*, *op. cit.*, pag.101.

<sup>613</sup> *Ibid.*, pag. 104.

la propiedad exclusiva del cónyuge superviviente no en un acto gratuito, sino en la propia naturaleza familiar del pacto, que, bajo su punto de vista, daría lugar al automatismo en la adquisición, más allá de sus posibles repercusiones sucesorias<sup>614</sup>.

Así pues, resulta evidente que a pesar de que la mayoría de los autores que se han aproximado al tema están de acuerdo en que el efecto principal del pacto es operar la consolidación, o transmisión definitiva, de la parte del premuerto a favor del otorgante superviviente, la naturaleza de dicha transmisión sigue sometida a debate. Y ello a sabiendas de que el artículo 231-15, al igual que antes hacía el 44 del Código de Familia, y antes el 61 de la Compilación, reclama el cómputo en la herencia del valor de dicha parte a efectos de calcular las legítimas, y su imputación en pago de la cuarta vidual.

Detengámonos en esto ahora.

## **2. Límites a la plena eficacia del pacto de supervivencia tras el fallecimiento de uno de los otorgantes**

Bajo la noción de “límites” pretendo hacer referencia a aquellas situaciones que, de conformidad con lo establecido en el Código Civil de Cataluña, pueden actuar como freno o escudo para la plena eficacia de la adquisición por el superviviente de la “parte” del premuerto.

Estos límites no determinan la ineficacia del pacto de supervivencia, cosa que sí ocurre, por ejemplo, con los estudiados heredamientos o con el supuesto del embargo que más adelante estudiaremos. No. No son causas de nulidad o anulabilidad del pacto. Los límites a que ahora hago referencia tienen como fin no perjudicar los derechos de los legitimarios o herederos, *limitando* el alcance del pacto de supervivencia a fin de proteger a los titulares de tales derechos. Estos límites no son sino la computación de la “parte” del premuerto en su herencia a fin de calcular la legítima y la cuarta vidual, y la imputación a esta de dicha parte. El destino que persiguen es

---

<sup>614</sup> QUINTANA PETRUS, J.M., *op. cit.*, pag.905.

asegurar que el movimiento patrimonial pactado de forma previa a la sucesión no se convierta en un instrumento al servicio de la sustracción de dicha parte a la herencia, con el consiguiente perjuicio patrimonial en las adquisiciones de los sujetos indicados.

## **2.1. Fundamentos del cómputo en la legítima en las adquisiciones onerosas con pacto de supervivencia: de nuevo VALLET DE GOYTISOLO**

El artículo 231-15.3 establece que *la adquisición de la participación del premuerto debe computarse en la herencia de este por el valor que tenga la participación en el momento de producirse el fallecimiento, a los efectos del cálculo de la legítima y de la cuarta viudal, y debe imputarse a esta por el mismo valor.*

La relación existente entre el pacto de supervivencia y la legítima es innegable, y tiene un punto de origen claro y bien definido en el tiempo. Pese a que su regulación aparece por primera vez en la Compilación de Derecho Civil de Cataluña de 1960, los orígenes de la misma se remontan algunos años atrás, concretamente, a la obra de VALLET DE GOYTISOLO, que de nuevo se erige como figura clave en el estudio y desarrollo de esta institución.

Efectivamente, en la primera obra que dedicó al análisis de la compraventa con pacto de supervivencia<sup>615</sup>, VALLET dedicó un epígrafe al estudio de *Los derechos de los legitimarios y de los acreedores de los compradores, frente a la compraventa por mitades indivisas con pacto de supervivencia*. El contenido de dicho epígrafe es muy breve, apenas tres párrafos de extensión, y en el mismo simplemente especula con que, de concebirse el pacto de supervivencia como una donación, “podría jugar el derecho de los legitimarios perjudicados para pedir la reducción de aquél o la declaración de su inoficiosidad”<sup>616</sup>. También admitió su relevancia en caso de haberse producido una simulación que

---

<sup>615</sup> “La compraventa por mitades indivisas y con pacto de supervivencia. Su naturaleza jurídica y su eficacia en el Derecho común y en el foral catalán”, *op.cit.*

<sup>616</sup> “La compraventa...”, *op. cit.*, pag. 725.

encubriera una donación, situación esta bastante común, según él mismo reconoció.

Acaso lo más destacable de esta primera referencia a la legítima sea la afirmación contenida en el último párrafo del citado epígrafe, según la cual “en el Derecho vivido, no tenemos noticia de ninguna reclamación, ni de una ni de otra especie”<sup>617</sup>. Tal aserto nos da idea de que, con antelación a la entrada en vigor de la Compilación, las adquisiciones onerosas con pacto de supervivencia no se tenían en cuenta a efectos sucesorios en modo alguno: no se las atacaba por inoficiosidad, y no parece que se computaran en las particiones de herencia. En este sentido, cabe destacarse que el propio VALLET, así como CALVO SORIANO y VIRGILI SORRIBES fueron notarios, lo que quiere decir que si alguno de ellos hubiera procedido a señalar en las escrituras de herencia que autorizaron la existencia del pacto, incluyendo el bien sujeto al mismo como parte del inventario o computando su valor a efectos de determinar si existía perjuicio o no para los legitimarios, o bien como forma de pago de la cuarta viudal, a buen seguro lo habría manifestado. Sin embargo, ninguno hace mención a nada parecido. VALLET incluso se apoya en este hecho para justificar la validez de su teoría unitaria<sup>618</sup>.

El análisis varía en cuanto amplitud y consideración en *Teleología y Dogmática de la Compraventa con pacto de supervivencia*<sup>619</sup>.

En esta segunda obra, y tras recalcar y justificar más prolijamente su tesis de que la compraventa y el pacto de supervivencia constituyen un único negocio jurídico, cuya naturaleza concreta puede adoptar, a su juicio, diversas formas a efectos doctrinales de escasa relevancia desde un punto de vista práctico<sup>620</sup>, VALLET afrontó el

---

<sup>617</sup> *Ibidem*.

<sup>618</sup> *Ibidem*.

<sup>619</sup> *Op. cit.*

<sup>620</sup> Tras referir de nuevo las tres “subconstrucciones” en que VALLET DE GOYTISOLO, J., “Teleología y...”, *op. cit.*, pag. 19, creía podía encajar la compraventa con pacto de supervivencia, esto es, dominio *ad tempus*, adquisición de usufructo y nuda propiedad indeterminados, y adquisición gravada con un derecho real a favor del otro, limitando su *ius disponendi*, afirmó su “indiferencia al optar por la adopción de cualquiera de las tres subhipótesis enunciadas”, quedando reducida la cuestión a un problema de

estudio del destino de la parte del precio pagado por el cónyuge premuerto. En esta materia, y tomando como punto de partida la sentencia del Tribunal Supremo de 22 de diciembre de 1944, aplicada analógicamente, por cuanto resolvía un asunto relativo al pago de las primas de un seguro a favor del cónyuge sobreviviente, sus conclusiones fueron las siguientes:

1ª.- Si consideramos el pago del precio como un doble acto de liberalidad condicional, o bien como un contrato oneroso y aleatorio, no existiría obligación de devolver a los herederos del premuerto la parte del precio que aquel abonó.

2ª.- Ahora bien, si de lo que se trata es de una donación condicional doble, aquella “que tenga realidad habrá de ser tenida en cuenta para computar la legítima de los herederos del cónyuge premuerto y los derechos de los protegidos por la ley *Hac Edictali*”<sup>621</sup>.

Los protegidos por dicha ley eran los hijos del primer matrimonio del cónyuge casado en segundas nupcias. Según expone claramente FIGA FAURAS, la ley *Hac Edictali* determinaba que “el cónyuge sobreviviente del causante bínubo, en concurrencia con descendientes legítimos de anterior matrimonio de éste, sólo podrá adquirir en la sucesión, directa o indirectamente, bienes por un valor que, sumado al recibido por donación de su consorte, no exceda del que corresponda al hijo menos favorecido”<sup>622</sup>.

3ª.- Finalmente, considerando la viabilidad de la compraventa con pacto de sobrevivencia bajo el régimen del Código Civil, concluyó VALLET igualmente que si el precio fue pagado con dinero ganancial, este debía reembolsarse a la comunidad cuando se liquidara, “para que el cónyuge supérstite y los herederos del premuerto que estén legitimados para la impugnación, tomen la parte que en derecho les corresponda”<sup>623</sup>.

Dichos herederos legitimados para impugnar, a su modo de ver,

---

“principios y terminología”.

<sup>621</sup> *Ibid.*, pag. 29.

<sup>622</sup> FIGA FAURA, L., *Manual de Derecho Civil Catalán*, Bosch, Barcelona, 1961, pag. 368.

<sup>623</sup> VALLET DE GOYTISOLO, J., “Teleología y...”, *op. cit.*, pag. 29.

únicamente podían ser los legitimarios. Y podían serlo por ser los únicos con interés legítimo para impugnar actos de desplazamiento injustificado sobre la masa ganancial. Tal interés legítimo provendría del perjuicio causado sobre su legítima, el cual validaría la impugnación de la transmisión hecha a favor de un tercero, el otro cónyuge, sobre la mitad indivisa de un bien perteneciente a la sociedad de gananciales, de la que el causante dispuso antes de su liquidación.

La justificación de VALLET se fundamenta en que “el heredero no puede impugnar los actos válidos de su causante, comprendiéndose los viciados con simulación relativa, mientras éstos no perjudiquen a su legítima. Es consecuencia del carácter que tiene el heredero de continuador de la personalidad de su causante, conjugado con el principio de que nadie puede ir contra sus propios actos”<sup>624</sup>.

La consecuencia de esta impugnación, a su entender, no debería dar lugar a que se reembolse de forma real y total el precio, sino únicamente a que se efectúe su “imputación a los efectos del cálculo del haber ganancial. Hecha esta operación de pura contabilidad, debe hacerse otra de igual naturaleza: la de imputar, conforme al artículo 819, la mitad del precio pagado en el tercio de libre disposición de la herencia del premuerto. Y sólo, en cuanto sobrepase al valor de dicho tercio, el cónyuge sobreviviente deberá satisfacer a los legitimarios del premuerto”<sup>625</sup>.

Como vemos, nada resulta muy claro aún. VALLET se limita a elucubrar sobre las posibles consecuencias de considerar el pacto de una forma u otra (“si fuera contrato oneroso y aleatorio... Si fuera donación condicional doble... Si se realizara bajo el régimen del Código Civil...”), cosa razonable, por otra lado, como corresponde a una figura cuya existencia se limitaba al Derecho Consuetudinario, integrada por una serie de reglas válidas y claras en cuanto creadoras de una figura con unos límites y características propios, pero evidentemente

---

<sup>624</sup> *Ibid.*, pag. 30.

<sup>625</sup> *Ibid.*, pags. 30 y 31.

incompletas en cuanto a sus efectos jurídicos “secundarios”<sup>626</sup>, tales como su trascendencia en el ámbito sucesorio y fiscal.

Ahora bien, todas estas dudas cristalizan de un modo evidente y sopesado en el último de los trabajos que dedicó VALLET a la institución, separado en el tiempo por una década de los tres anteriores.

En *Las Compras con Pacto de Supervivencia en Derecho Catalán*<sup>627</sup>, VALLET retomó el asunto directamente donde lo dejó, citándose a sí mismo en relación con la necesidad de computar una mitad de la finca a efectos del cálculo de la legítima de los herederos y de los derechos de los protegidos por la Ley *Hac Edictali*<sup>628</sup>. Sin embargo, podemos notar que algo había cambiado en su ánimo e intención. El tono es diferente, y el mensaje se aleja del de las obras precedentes. Sus conclusiones no son las mismas, y el fondo se revela metamorfoseado.

¿Por qué decimos esto? Pues en primer lugar porque ahora VALLET, directamente, se adentra en la inevitable repercusión sucesoria del pacto sin ambages, aunque, curiosamente, sin atribuir dicha naturaleza al pacto. Así, arguye que incluso reconociendo al pacto naturaleza onerosa y aleatoria, al fallecer uno de los adquirentes nos encontraríamos con una atribución patrimonial que no “estaría suficientemente justificada, por lo menos respecto a los legitimarios”<sup>629</sup>.

Es decir: no se trata de una mera crítica al sistema fiscal, que iguala la adquisición del premuerto a una donación a efectos fiscales, sino que, realmente, VALLET se pronuncia en contra del pacto de supervivencia como medio de favorecer al cónyuge superviviente por el posible daño que se pueda causar a los herederos. De modo que nos preguntamos: ¿es esta la misma voz de VALLET?

Con notable estupor asentimos, solo para darnos cuenta acto seguido de que su pionera defensa del pacto de supervivencia como

---

<sup>626</sup> Es decir, todos aquellos no referidos a la adquisición por parte del superviviente de la mitad del cónyuge premuerto.

<sup>627</sup> *Op. cit.*

<sup>628</sup> VALLET DE GOYTISOLO, J., “Las compras...”, *op. cit.*, pag. 305.

<sup>629</sup> VALLET DE GOYTISOLO, J., “Las compras...”, *op. cit.*, pag. 306.



modo de paliar los injustos efectos del régimen de separación de bienes en Cataluña queda aniquilada por su siguiente afirmación:

“Mientras los resultados favorables del pacto agracian al sobreviviente, los resultados desfavorables recaen siempre contra los herederos del premuerto: los estipulantes nunca pueden perder, gana el que sobrevive y pierden los herederos del que premuere”<sup>630</sup>.

¿Qué radical cambio de mentalidad se ha operado en nuestro autor? ¿Acaso la protección del cónyuge, esgrimida con tanto ahínco, ya no debe ser tenida en cuenta?

Así parece ser, máxime cuando a continuación afirma la invalidez del pacto de supervivencia otorgado tras un heredamiento que no sea meramente preventivo a favor de los hijos nacederos<sup>631</sup>.

Da la sensación de que, tras la lectura de la sentencia de 22 de diciembre de 1944, algo se removió en su interior. Y aunque en un principio sí es cierto que jugueteaba con la posibilidad de tributar como donación, era sólo a efectos fiscales y sin darle mucha importancia, pues lo que a él le interesaba era la construcción teórica de su negocio unitario. Sin embargo, ahora parece que una cierta duda planea sobre su trabajo. Esta duda es la que se deriva de tratar de justificar que un negocio jurídico unitario puede dar lugar a dos desplazamientos de propiedad que tributen en momentos distintos. Y es que si, como desde un principio defendió VALLET, es el vendedor el que transmite a ambos cónyuges y al que sobreviva, cerrando así un único negocio, ¿cómo puede ser que luego justifique que el sobreviviente vuelva a liquidar sobre lo que *recibe* del premuerto? Y digo *lo que recibe del premuerto* porque esto en VALLET parece que es así, toda vez que defiende su inclusión en el haber hereditario del fallecido: ¿Cómo iba a trascender lo recibido por el superviviente en la legítima de los herederos del premuerto, si el transmitente era el vendedor?

La respuesta a tal dilema nos la brinda tras una compleja construcción, que a la par de admiración nos provoca no poco estupor.

---

<sup>630</sup> *Ibid*, pag. 306.

<sup>631</sup> *Ibid.*, pag. 307.

Y es que atrás queda aquella voz que, tras proponer tres posibles subhipótesis, conjeturó que la elección de una u otra le era indiferente, pues tal debate se reducía a “un problema teórico de principios y terminología”<sup>632</sup>. No. Ahora VALLET, en un alarde de virtuosismo jurídico, afirma sin tapujos que “la concepción unitaria de la compraventa con pacto de supervivencia, como negocio dispositivo único, no excluye la pluralidad de contratos”<sup>633</sup>.

Y es aquí donde todo el genio de VALLET se muestra más exultante y barroco. Su tesis unitaria se reviste de pluralidad para revelar que dicho negocio único se compone:

a) Por un lado, de un único negocio dispositivo, integrado por una compraventa junto con un fideicomiso condicional, en la que el vendedor actúa como motor a petición de los compradores.

b) Y por otro, por el previo concierto de los compradores, que pagan a medias y acuerdan adquirir para el superviviente.

En un revelador pie de página, VALLET se justifica a sí mismo afirmando que allí donde antes dio tres posibilidades y no se decantó por ninguna, ahora se decide a apostar por una figura jurídica “técnicamente precisa, elaborada y vivida en la historia jurídica, como es el fideicomiso contractual condicionado”<sup>634</sup>. De modo significativo, sin embargo, obvia la justificación de esta nueva alternativa, que no formaba parte de la terna previamente presentada como solución más idónea.

De cualquier modo, su conclusión final es formulada de forma clara y terminante: dado el evidente “empobrecimiento de la herencia”<sup>635</sup> que supone el pacto de supervivencia, “no pueden quedar evaporados en caso alguno los derechos de los legitimarios y de los reservatarios, ni las limitaciones de la ley *Hac Edictali*”<sup>636</sup>.

Bajo mi punto de vista, la revolución que encierra su cuarto trabajo, tanto respecto de la construcción jurídica como de sus efectos

---

<sup>632</sup> VALLET DE GOYTISOLO, J., “Teleología y...”, *op. cit.*, pag. 19.

<sup>633</sup> VALLET DE GOYTISOLO, J., “Las compras...”, *op. cit.*, pag. 306.

<sup>634</sup> VALLET DE GOYTISOLO, J., “Las compras...”, *op. cit.*, pag. 306.

<sup>635</sup> *Ibid.*, pag 307.

<sup>636</sup> *Ibid.*, pag 306.

encubiertamente sucesorios, viene determinada por los problemas generados a raíz de su tesis unitaria. Todo ello sugiere que lo que VALLET buscaba era su propia justificación, esto es, la justificación de la tesis unitaria. Creo realmente, vista la preocupación que mostró por el posible perjuicio a los legimitarios, que el único motivo por el que no se decantó por defender la naturaleza sucesoria del pacto de supervivencia fue porque era imposible aunar dicha naturaleza y seguir justificando su ambiciosa construcción unitaria.

Me permitiré un inciso final antes de finalizar este apartado.

Si bien VALLET DE GOYTISOLO es el autor dominante en la que podríamos denominar “primera fase de existencia del pacto de supervivencia”, esto es, aquella desarrollada antes de la entrada en vigor de la Compilación de Derecho Civil de Cataluña, lo cierto es que otros autores, si bien de manera menos prolija, también abordaron su problemática.

Entre dichos autores, y a los efectos del motivo de este capítulo, merece la pena citar a los siguientes:

SAGUER Y OLIVET, en su breve referencia a las compraventas con pacto de sobrevivencia, afirmó su naturaleza de donación *mortis causa*<sup>637</sup>. También PELLA Y FORGAS le atribuyó carácter gratuito, en concreto al referirse a ellas como una especie de donación *propter nupcias*<sup>638</sup>.

CALVO SORIANO, según hemos estudiado, se mostró partidario de la naturaleza capitular del pacto, revelando su naturaleza familiar y *mortis causa*. Sin titubear identificó al pacto “incrustado” en la compraventa con los “supuestos de donaciones *mortis causa* o legados capitulares mutuos”<sup>639</sup>, y destacó entre sus consecuencias “su vulnerabilidad frente a legitimarios, acreedores y protegidos por la Ley *Hac Edictali*, como disposición *mortis causa*, con el consiguiente módulo

---

<sup>637</sup> SAGUER Y OLIVET, E., *op. cit.*, pag. 16.

<sup>638</sup> PELLA Y FORGAS, J., *op. cit.*, pag. 244.

<sup>639</sup> CALVO SORIANO, A., *op. cit.*, pag. 391.

liquidatorio”<sup>640</sup>.

MARTIN RETORTILLO tampoco eludió la naturaleza gratuita del pacto; así, en primer lugar consideró que el pacto de supervivencia constituía un verdadero pacto sucesorio, si bien, a efectos meramente fiscales, se mostró conforme con el criterio asentado por las oficinas liquidadoras de considerar la consolidación a favor del superviviente como una donación<sup>641</sup>.

En definitiva, lo que quiero poner de manifiesto es que, al margen de las complejas disputas doctrinales relativas a la naturaleza jurídica del pacto, la mayoría de los autores que estudiaron las compraventas con pacto de supervivencia antes de la entrada en vigor de la Compilación, destacaron su relevancia a efectos de la apertura de la sucesión, bien por imputación directa, como VALLET DE GOYTISOLO, bien por advertir en ella naturaleza gratuita o *mortis causa*.

## **2.2. La legítima en Cataluña**

Dada la importancia que para el presente estudio tiene la naturaleza sucesoria del pacto, y teniendo en cuenta que un argumento de peso a la hora de defender la misma lo constituye la precisa remisión que efectúa el artículo 231-15 a la legítima como límite a la plena eficacia del pacto de supervivencia, creo conveniente efectuar, aunque sea brevemente, un acercamiento a esta institución sucesoria, a fin de delimitar precisamente los contornos en los que debe ser otorgado el pacto de supervivencia para gozar de plena eficacia.

El estudio que sigue pues, pretender analizar la institución de la legítima en Cataluña, a fin de determinar de qué modo puede el pacto de supervivencia puede colisionar con ella, y con qué consecuencias.

---

<sup>640</sup> *Ibid.*, pag. 392.

<sup>641</sup> MARTIN RETORTILLO, C., *op. cit.*, pags. 438 a 440.

### 2.2.1. Evolución histórica

La evolución de la legítima en Cataluña ha seguido unos cauces algo diferentes a los del resto de España, lo que se traduce no sólo en su propia normativa, sino también en sus límites, sujetos y cuantía<sup>642</sup>.

El origen de la legítima está, como no podía ser de otra forma, en el Derecho Romano. Desde la *Ley de las Doce Tablas*, el testador tenía plena libertad para atribuir sus bienes a favor de quien mejor le pareciera, situación que se desarrolló durante la República. Sin embargo, tal libertad se vio delimitada de forma progresiva en dos momentos sucesivos: en primer lugar, de modo meramente formal, pues se estableció la exigencia de que el causante, *pater familias*, nombrara al menos a los herederos suyos, o *sui*, bien para instituirlos herederos, bien para desheredarlos. Esta exigencia dio lugar a la “legítima formal”.

Posteriormente, en *Las Pandectas* se estableció la exigencia de que los *sui* participaran de un modo efectivo en la sucesión, no siendo ya suficiente su mera denominación, como una exigencia derivada de la piedad (*officium pietatis*). Esta exigencia dio lugar a la legítima “material”, durante el Imperio. Con ULPIANO ya se considera que las personas con derecho a la legítima eran los descendientes, ascendientes, hermanos y hermanas del causante. En cuanto a la cuantía, en un primer momento quedó al arbitrio de los tribunales, si bien después se fijó en un cuarto de la herencia, la llamada *portio legitima*, y con JUSTINIANO en un tercio si el número de hijos era inferior a cinco, y la mitad si eran cinco o más (Novela XVIII).

Con la irrupción de los pueblos germánicos el panorama cambió, y así en Cataluña parece que rigió la *Lex Visigothorum*, que dividía en

---

<sup>642</sup> Las principales obras consultadas para la redacción de este epígrafe, que en absoluto pretende ser más que un breve esquema de la evolución de la legítima, han sido:

- PUIG PEÑA, F., *Compendio de Derecho Civil*, Tomo IV, Volumen 2, Ediciones Nauta, Barcelona, 1966, pags. 1434 a 1438 y 1520 y 1521.
- CASTAN TOBEÑAS, J., *Derecho Civil Español...*, Tomo Sexto, Vol. Segundo, *op. cit.*, pags. 471 a 476 y 524 a 526.
- LACRUZ BERDEJO, J.L., RAMS ALBESA, J., y otros, *Elementos...*, Tomo V, *op. cit.*, pags. 311 a 315.

quince partes la herencia: ocho de legítima, cinco de mejora y el resto de libre disposición. Esta situación se mantuvo hasta 1333, año en que Alfonso III, mediante la Constitución de las Cortes de Montblanch, estableció la vigencia para toda Cataluña de la *legítima justiniane*a, a la que antes hemos hecho referencia, procedente de la citada Novela XVIII. En Barcelona, sin embargo, por privilegio concedido por Pedro III, se estableció que la legítima sólo fuese una cuarta parte de la herencia.

Las Cortes de Monzón de 1585, guiadas por la idea de conservación de las casas principales, fijaron para toda Cataluña, el Rosellón y Cerdeña la legítima en una cuarta parte de la herencia, retomando así el sistema romano clásico, anterior a JUSTINIANO. Los legitimarios podían ser tanto los descendientes, sin importar su número, como los ascendientes, y se acordó que el heredero pudiera proceder al pago de la legítima con bienes inmuebles o con dinero.

Tal sistema se mantuvo en el tiempo a través de las Constituciones de Cataluña y hasta la entrada en vigor de la Compilación de Derecho Civil de Cataluña de 1960<sup>643</sup>, en la que se fijó la legítima en la cuarta parte de la herencia, calculada a partir del haber hereditario resultante de restar del valor de los bienes a fecha de fallecimiento las deudas de que el causante hubiera sido titular y los gastos de última enfermedad, entierro y funeral. A esta cifra tendría que añadirse el valor de los bienes donados, con algunas restricciones.

### **2.2.2. Naturaleza y concepto**

La naturaleza de la legítima catalana ha sido ampliamente debatida. Antes de la Compilación, ya SE planteó si la legítima era “*quota bonorum, quota hereditatis o certa pecuniae quantitate pro modo*

---

<sup>643</sup> En el Derecho Castellano, los precedentes romanos fueron los mismos, si bien la vigencia e influencia visigoda derivó hacia otros cálculos, siendo los textos legales que marcaron su desarrollo el *Liber Iudiciorum*, en el que se fijó la legítima en cuatro quintos y se añadió la figura de la mejora, como parte de aquella, y el *Fuero Juzgo*; a estos habría que hay que añadir otros cuerpos legales relevantes, como determinados Fueros Municipales, las *Partidas* y las *Leyes de Toro*, como principales referentes, hasta llegar al Código Civil de 1889.

*patrimonio, et personarum conditione*<sup>644</sup>. Posteriormente, el debate se estableció en torno a la consideración de si la legítima constituía una *pars bonorum*, esto es, una parte de los bienes de la herencia; una *pars valoris*, o crédito personal; o bien una *pars valoris bonorum*, un crédito hipotecario o de naturaleza semejante.

El propio marco normativo ha jugado en la determinación de su naturaleza un papel crucial. La Constitución *Zelant per la conservació de las casas principals*, de 1585, configuró la legítima como un derecho de crédito (*pars valoris*) desde el momento en que permitió el pago de la legítima en dinero extrahereditario para evitar que el patrimonio familiar quedara fragmentado<sup>645</sup>. Tal configuración se mantuvo hasta la Compilación de Derecho Catalán, que dio pie a que la doctrina justificara, con sobrado fundamento, la identificación de la legítima con una *pars valoris bonorum*, esto es, una suerte de gravamen imbuido de los caracteres propios de un derecho real de hipoteca. Esto fue así porque el artículo 140 del citado cuerpo legal establecía que *todos los bienes de la herencia están afectos al pago de la legítima, salvo lo dispuesto en la Ley Hipotecaria*.

En la actualidad, esta vinculación ha desaparecido, y se ha vuelto a la configuración tradicional al identificarse la legítima de nuevo como una *pars valoris*, un derecho de crédito a favor del legitimario. De esta forma, el derecho del legitimario le convierte en una suerte de acreedor de la herencia, y como tal tiene derecho a obtener un valor de la misma, pero no a participar en los bienes que la integran; esto es, tiene derecho a exigir el pago del valor que le corresponde, pero no a reclamar dicho valor en bienes de la herencia, lo que en la práctica se traduce en que puede recibir la cantidad que le corresponde con dinero de fuera de la herencia. El Código Civil de Cataluña recoge tal regulación al concretar en su artículo 451-1 la legítima como *el derecho a obtener en la sucesión del causante un valor*.

---

<sup>644</sup> FONTANELLA, citado por CASTAN TOBEÑAS, J., *ibid.*, pag. 529.

<sup>645</sup> VAQUER ALOY, A. y BARRON ARNICHES, P., “La Legítima en Cataluña”, *Tratado de Derecho de Sucesiones*, dirigido por GETE-ALONSO Y CALERA, M.C., Tomo II, SOLE RESINA, J. (Coord.), Civitas- Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2011, pag. 2033.

De todo esto se deriva que la legítima sea entendida como un valor patrimonial, y que el legitimario se configure no como un copropietario o coheredero, sino más bien como un acreedor, según ya estableció la sentencia de 27 de mayo de 1967 del Tribunal Supremo.

Por todo ello, se puede definir la legítima como “el valor mínimo que la ley atribuye en la sucesión del causante a determinados parientes suyos con el carácter de inembargable e irrenunciable en vida, con independencia de toda necesidad vital”<sup>646</sup>.

De tal concepto podemos extraer que la legítima se difiere en virtud de la Ley, esto es, que es una institución de atribución legal; que su fundamento estriba en el parentesco con el causante y “en la solidaridad intergeneracional de la familia”<sup>647</sup>; y que tal derecho se concreta en una participación mínima en el *valor de la herencia* del fallecido, igual para todos los legitimarios.

### **2.2.3. Los legitimarios**

El Código Civil de Cataluña, en su Libro IV, establece que únicamente son legitimarios los descendientes y los ascendientes.

Respecto de los primeros, el artículo 451-3.1 sanciona que son *legitimarios todos los hijos del causante por partes iguales*, alejándose, de conformidad con los tiempos actuales, de la distinción que en su día contemplaba la Compilación, que diferenciaba entre hijos legítimos, naturales y adoptivos.

En caso de que alguno de los legitimarios hubiera premuerto al causante, o hubiera sido desheredado justamente, o declarado indigno o ausente, le correspondería a sus descendientes ocupar su puesto por derecho de representación. Ahora bien, como he indicado, este derecho corresponde exclusivamente a los descendientes del legitimario, que serán representados por stirpes, y su derecho se limita a estrictamente a la legítima, sin alcanzar las atribuciones efectuadas a favor de los

---

<sup>646</sup> VAQUER ALOY, A. y BARRON ARNICHES, P., *op. cit.*, pag. 2032.

<sup>647</sup> *Ibidem*.



representados, salvo llamamiento expreso por sustitución.

Por otro lado, respecto de los hijos adoptivos, el párrafo 4 del citado artículo establece que *en caso de adopción de hijos del cónyuge o de la persona con quien el adoptante convive en relación de pareja con carácter estable, el adoptado no es legitimario del progenitor de origen sustituido por la adopción y, si este ha muerto, tampoco lo es, por derecho de representación, en la sucesión de los ascendientes de este. La misma regla se aplica en la adopción de huérfanos por parientes dentro del cuarto grado respecto a la sucesión de los ascendientes de la rama familiar en que no se ha producido la adopción.*

En cuanto a los ascendientes, únicamente serán legitimarios en defecto de descendientes, y quedan limitados por el Código a los progenitores, excluyéndose el resto de los mismos. En esto, el Código Civil de Cataluña también se diferencia de la Compilación, en la que en defecto de hijos y descendientes eran legitimarios los padres y demás ascendientes legítimos.

Los progenitores serán legitimarios por mitad, salvo que uno de ellos hubiera fallecido, hubiera sido desheredado justamente o hubiera sido declarado indigno, o bien si únicamente se hubiera establecido la filiación respecto de un padre. En todos estos casos, la legítima corresponderá íntegramente al otro, y su cuantía, al igual que en el caso de los descendientes, es una cuarta parte de la herencia.

La referencia a los legitimarios cobra especial importancia desde el momento en que el 231-15.3 ordena que la adquisición de la participación del premuerto se compute en la herencia de este a los efectos del cálculo de la legítima, sin distinguir entre unos u otros legitimarios. De este modo, en caso de que al producirse el fallecimiento de uno de los adquirentes existieran legitimarios, independientemente de que fueren descendientes o progenitores, el cómputo debe llevarse a cabo a fin de no perjudicar su derecho.

En relación con tal existencia de legitimarios, no deja de ser importante, y significativo el hecho de que aquellos deben tener capacidad sucesoria en el momento de producirse el fallecimiento del

causante-pactante. Dado que su condición de legitimario deviene con el fallecimiento, y desde dicho momento, será entonces cuando haya que determinar si concurre alguna causa de incapacidad o indignidad, de acuerdo con los artículos 412-1 y 412-3 del Código Civil de Cataluña; y, si lo hace, determinar que descendientes, si los hay, ocupan el lugar del legitimario por derecho de representación.

Todo esto tiene importancia no sólo a fin de determinar quienes pueden ser los posibles perjudicados por el pacto, sino también porque el fallecimiento de uno de los adquirentes actúa como doble motor productor de efectos jurídicos, pues su muerte tiene relevancia para el tracto sucesorio ordinario y para el establecimiento de la validez del pacto de supervivencia.

Curiosamente, de lo que se trata realmente es de determinar si el cónyuge en su día adquirente tiene en el momento de su fallecimiento legitimarios, a fin de no quedar injustamente limitados sus derechos. De este modo, se constituye en límite de eficacia de un negocio jurídico pretendidamente oneroso e *inter vivos* una institución tan propia del derecho de sucesiones y de las transmisiones gratuitas como es el derecho de los legitimarios. Esta limitación, si nos separamos de las concepciones que asocian el pacto de supervivencia a las instituciones de derecho sucesorio y a las donaciones, llega a cotas que lindan con el absurdo si pensamos en parejas de hecho o en adquisiciones efectuadas por los cónyuges antes de tener hijos.

Lo que quiero decir es que parece muy sospechoso que un negocio jurídico oneroso e *inter vivos* vea peligrar su eficacia años después de celebrarse por un fenómeno propio del derecho de sucesiones, como es la presencia de legitimarios, independientemente de que su derecho sea simplemente un crédito sobre la herencia, y no un derecho a participar de los bienes que la constituyen. Pero sobre todo esto volveremos más adelante.

#### 2.2.4. Cálculo de la legítima

La determinación de la legítima es una operación compleja que se divide en dos fases: primero, debe determinarse la legítima global de todos los legitimarios; hecho esto, hay que concretar la cuantía exacta que debe percibir cada legitimario<sup>648</sup>.

La primera de estas fases queda regulada en el artículo 451-5 del Código Civil de Cataluña, de acuerdo con el cual la cuantía de la legítima es la cuarta parte de la cantidad resultante de aplicar las siguientes reglas:

*e. Se parte del valor que los bienes de la herencia tienen en el momento de la muerte del causante, con deducción de las deudas y los gastos de la última enfermedad y del entierro o la incineración.*

*f. Al valor líquido que resulta de aplicar la regla de la letra “a”, debe añadirse el de los bienes dados o enajenados por otro título gratuito por el causante en los diez años precedentes a su muerte, excluidas las liberalidades de uso. El valor de los bienes que han sido objeto de donaciones imputables a la legítima debe computarse, en todo caso, con independencia de la fecha de la donación.*

*g. El valor de los bienes objeto de las donaciones o de otros actos dispositivos computables es el que tenían en el momento de morir el causante, con la deducción de los gastos útiles sobre los bienes dados costeados por el donatario y del importe de los gastos extraordinarios de conservación o reparación, no causados por su culpa, que él haya sufragado. En cambio, debe añadirse al valor de estos bienes la estimación de los deterioros originados por culpa del donatario que puedan haber disminuido su valor.*

*h. Si el donatario ha enajenado los bienes dados o si los bienes se han perdido por culpa del donatario, se añade, al valor líquido que resulta de aplicar la regla de la letra a, el valor que tienen o habrían tenido en el momento de la muerte del causante.*

---

<sup>648</sup> Así VAQUER ALOY, A. y BARRON ARNICHES, P., *op. cit.*, pag. 2041.

Como consecuencia de esto, comprobamos que, en primer lugar, se trata de determinar qué bienes integran el caudal relicto, y cuál es su valor, para lo que se atenderá siempre al momento del fallecimiento del causante. Tras la depuración del *relictum*, esto es, la deducción de las deudas y de los gastos de última enfermedad y entierro, se debe concretar el haber hereditario. Para ello, a los bienes existentes en el momento del fallecimiento hay que añadir *el valor* de los donados o enajenados por cualquier título gratuito. Sin embargo, es importante resaltar que únicamente debe tenerse en cuenta el valor de las donaciones hechas en los últimos diez años, o bien el de las efectuadas con cargo a la legítima, en este caso sin límite de tiempo.

La computación de las donaciones simplemente consiste en agregar al *relictum* el valor de las donaciones efectuadas en vida, siendo esta computación imperativa, de modo que el causante no puede excluirla.

La principal novedad que en esta materia aporta el Código Civil de Cataluña es la limitación del cómputo de las donaciones a las efectuadas en los últimos diez años, siempre y cuando no estemos hablando de donaciones efectuadas con cargo a la legítima. El fin de dicha limitación temporal es el de eliminar trabas y simplificar el cálculo de la legítima, evitando tener que traer a colación donaciones efectuadas mucho tiempo atrás, con el consabido problema de su valoración, así como dotar de mayor seguridad al tráfico jurídico.

A fin de pergeñar adecuadamente la imputación de transmisiones gratuitas a la legítima, es menester acudir también al artículo 451-8, especialmente a sus párrafos 1 y 2:

**Artículo 451-8.** *Imputación de donaciones y atribuciones particulares.*

1. *Son imputables a la legítima las donaciones entre vivos otorgadas por el causante con pacto expreso de imputación o hechas en pago o a cuenta de la legítima. El carácter imputable de la donación debe hacerse constar expresamente en el momento en que se otorga y no*

*puede imponerse con posterioridad por actos entre vivos ni por causa de muerte.*

2. Son imputables a la legítima, salvo que el causante disponga otra cosa:

a. *Las donaciones hechas por el causante a favor de los hijos para que puedan adquirir la primera vivienda o emprender una actividad profesional, industrial o mercantil que les proporcione independencia personal o económica.*

b. *Las atribuciones particulares en pacto sucesorio, las donaciones por causa de muerte y las asignaciones de bienes al pago de legítimas, hechas también en pacto sucesorio, cuando se hagan efectivas.*

Es decir, que no sólo las donaciones *inter vivos* deben ser imputadas a la legítima, sino también las atribuciones particulares en pacto sucesorio y las donaciones *mortis causa*, salvo que se disponga otra cosa.

Hecho todo esto, y como paso final, habrá que añadir en este momento al caudal hereditario el valor la parte del cónyuge premuerto en caso de haber existido una adquisición onerosa con pacto de supervivencia, por imperativo del 231-15.3.

Con ello, queda determinado el valor de la *legítima global*, que es el de la cuarta parte de la suma del haber relicto y del *donatum*, tras efectuar la oportuna deducción de deudas y gastos de última enfermedad y entierro.

Una vez obtenido dicho valor, hay que fijar la legítima individual de los legitimarios, para lo cual el artículo 451-6 señala que *hacen número el legitimario que sea heredero, el que ha renunciado a la misma, el desheredado justamente y el declarado indigno de suceder. No hacen número el premuerto y el ausente, salvo que sean representados por sus descendientes*, lo que supone que “en la práctica en las legítimas no hay derecho de acrecer ya que al integrarse en el divisor tanto a los que renuncien como a los desheredados o indignos, la cuota de ellos no incrementa la de los demás legitimarios que solamente percibirán la

suya”<sup>649</sup>. A salvo, claro está, los casos del premuerto y del ausente en las circunstancias indicadas.

Una vez determinada la cuantía de la legítima individual de cada legitimario, y tras concretar si existen entregas anteriores imputables a la legítima de alguno de ellos, de conformidad con el artículo 451-8, llega el momento del pago de la legítima, al que se refiere el artículo 451-11:

*1. El heredero o las personas facultadas para hacer la partición, distribuir la herencia o pagar legítimas pueden optar por el pago, tanto de la legítima como del suplemento, en dinero, aunque no haya en la herencia, o por el pago en bienes del caudal relicto, siempre y cuando, por disposición del causante, no corresponda a los legitimarios percibirlos por medio de institución de heredero, legado o asignación de un bien específico, atribución particular o donación.*

*2. En caso de optar por el pago de la legítima o, si procede, el suplemento en bienes, el heredero o la persona facultada para pagar debe cumplir los requisitos establecidos por el [artículo 451-7.2](#). Una vez hecha la opción y comenzado el pago de una forma determinada, el legitimario puede exigir que el resto le sea pagado de la misma forma.*

Merece la pena resaltar que no sólo puede ser satisfecha la legítima con dinero extrahereditario, sino que a quien corresponde determinar la forma en que será satisfecha será al heredero, no al legitimario; es decir, será el propio heredero el que, en el momento oportuno, optará bien por satisfacer la legítima con dinero, procedente o no del caudal hereditario, o bien con bienes, en este caso sí, integrantes del *relictum*. Como contrapartida, responderá el heredero de forma personal del pago de la legítima (451-15.1), y tendrá que abonar los intereses devengados, salvo que el testador hubiera dicho otra cosa (451-14).

---

<sup>649</sup> PUIG BLANES, F.P., *Comentarios al Código Civil de Cataluña*, Tomo II, *op. cit.*, pag. 407.

En caso de que se opte por el pago en bienes de la herencia, habrá que tener en cuenta lo establecido en el artículo 451-12, en relación con la calidad de los empleados para satisfacer la legítima, y el 451-13, que precisa que aquellos bienes de la herencia que sirvan como pago de la legítima se estimarán por su valor en el momento en que la persona legitimada para pagar los elija o adjudique, y lo notifique al legitimario.

Íntimamente ligado con todo lo que estamos diciendo aparece el tema de la *inoficiosidad*.

La inoficiosidad es un instrumento de protección del legitimario para aquellos casos en que el causante hubiera dispuesto por vía de legados, donaciones u otros actos gratuitos de su patrimonio, en perjuicio de la legítima, de modo que no quedaran en la herencia bienes suficientes para pagar aquella o su suplemento.

Su planteamiento y desarrollo se encuentran en el artículo 451-22, que señala lo siguiente:

*1. Si con el valor del activo hereditario líquido no quedan al heredero bienes relictos suficientes para pagar las legítimas, los legados en concepto de tales o imputables a las legítimas, y los suplementos, y para retener la legítima propia sin detrimento, pueden reducirse por inoficiosos los legados a favor de extraños o de los propios legitimarios, en la parte que exceda de su legítima, o pueden simplemente suprimirse para dejarla franca.*

*2. A los efectos de la reducción o la supresión, las donaciones por causa de muerte y las asignaciones de legítima que no se han hecho efectivas en vida del causante tienen el mismo tratamiento que los legados.*

*3. Si después de hacer la reducción o la supresión a que se refieren los apartados 1 y 2, el pasivo supera el activo hereditario o si este es aún insuficiente, también se pueden reducir o suprimir las donaciones computables para el cálculo de la legítima otorgadas por el causante y las atribuciones particulares hechas en pacto sucesorio a favor de*

*extraños o, incluso, de legitimarios, en la parte no imputable a la legítima.*

*4. El legatario, el donatario y el adquirente de una atribución particular en pacto sucesorio afectados por la inoficiosidad pueden evitar la pérdida de la totalidad o de una parte del bien legado, dado o atribuido en pacto sucesorio pagando a los legitimarios en dinero el importe que deban percibir.*

El orden en que se debe proceder a la citada reducción viene dado por el artículo 451-23, que no pudiendo alterarse por el causante. Tal orden de prelación antepone la reducción de los legados a las donaciones y otros actos a título gratuito, y fija unos criterios diferentes según se trate de reducir unos u otras.

En el caso de los legados y de demás atribuciones por causa de muerte, la reducción debe hacerse en proporción a su valor y respetando las preferencias de pago dispuestas por el causante; pero en cuanto a las donaciones y atribuciones particulares en pacto sucesorio, ordena el Código Civil de Cataluña que se comience por la más reciente y luego se siga por la siguiente más reciente, y así sucesivamente, por orden inverso de fecha, atendiendo pues a un criterio cronológico que prima la antigüedad. Únicamente si se produce coincidencia en la fecha o si esta es indeterminada, las donaciones y atribuciones particulares se reducirán a prorrata.

Estas normas, como he dicho, son imperativas para el causante, el cual no puede alterar el orden de prelación en la reducción de donaciones y atribuciones particulares, ni disponer que se reduzcan antes que los legados. Tal criterio obedece a que “las donaciones constituyen un título firme, siendo el donatario ya propietario con anterioridad a la apertura de la sucesión; por ello, primero hay que reducir o suprimir legados y sólo si ello no basta se procederá con las donaciones”<sup>650</sup>; a estos efectos, se equiparan las donaciones a los pactos sucesorios de atribución particular.

La acción de reducción o supresión por inoficiosidad de legados,

---

<sup>650</sup> VAQUER ALOY, A. y BARRON ARNICHES, P., *op. cit.*, pag. 2066.



donaciones y demás atribuciones por causa de muerte corresponde solo a los legitimarios y a sus herederos, o bien a los herederos del causante, y caduca a los cuatro años de la muerte del causante.

En este sentido, es importante reseñar que, según se ha indicado, el artículo 451-22 permite al legatario, al donatario y al adquiriente de una atribución particular en pacto sucesorio afectados por la inoficiosidad, que eviten la pérdida de la cosa legada, dada o atribuida en pacto sucesorio mediante el pago a los legitimarios en dinero del importe que deban percibir.

Todo lo que hemos dicho hasta ahora cobra sentido a la luz de intangibilidad cuantitativa de la legítima. Al igual que ocurre en el Derecho Civil Común, el legitimario tiene derecho a recibir la legítima íntegra, esto es, la totalidad de la misma y libre de cualquier tipo de carga, gravamen o limitación. Así lo sanciona el Código Civil de Cataluña en su artículo 451-9.1:

*El causante no puede imponer sobre las atribuciones hechas en concepto de legítima o imputables a ésta condiciones, plazos o modos. Tampoco puede gravarlas con usufructos u otras cargas, ni sujetarlas a fideicomiso. Si lo hace, estas limitaciones se consideran no formuladas.*

Es por ello por lo que las normas establecidas para el cómputo de la legítima tienen especial valor, y para lo que se articula el procedimiento de reducción de legados, donaciones y atribuciones sucesorias particulares: para salvaguardar en todo caso el derecho de los legitimarios a percibir íntegro e incólume su derecho.

### **2.3. Cálculo e imputación en la cuarta vidual**

El derecho a la denominada cuarta vidual tiene su origen en la tradicional preocupación del derecho civil catalán de proteger al cónyuge viudo tras acontecer el fallecimiento de su consorte. Tal protección, en su origen, se focalizó exclusivamente en una serie de

derechos a favor de la viuda. Esta fue la consideración tradicional que quedó recogida en la Compilación de Derecho Civil de Cataluña de 1960. Sin embargo, en su posterior reforma de 1984, tales derechos se ampliaron al cónyuge viudo, sin distinción ya de sexos, igualando al viudo y a la viuda ante el fallecimiento su consorte, regulación que se ha mantenido en los posteriores textos legales (Código de Sucesiones de 1991, Código de Familia de 1998, y Código Civil de Cataluña, en sus Libros II y IV), en los que incluso tales derechos se han extendido a las parejas de hecho<sup>651</sup>.

Esta evolución parece lógica: el mismo razonamiento que ya ha quedado esgrimido a favor de las compraventas con pacto de supervivencia como vehículo adecuado para proteger a la viuda de los extremos e injusticias que pudieran derivarse para la mujer del régimen de separación de bienes, son extrapolables aquí. Con el derecho al ajuar de la vivienda familiar, el derecho al año de viudedad, la cuarta vidual y el usufructo del cónyuge viudo en la sucesión intestada, se buscaba paliar en lo posible la situación de desamparo en que podía verse la esposa del difunto. Hoy en día, en buena lógica, tal línea de protección se ha hecho extensiva a ambos cónyuges, situación esta que parece más que justificada, siendo su fundamento el mismo que tradicionalmente justificó a tales instituciones: la protección frente al hecho luctuoso del cónyuge, habida cuenta del sistema sucesorio catalán y del dominante régimen de separación de bienes.

La cuarta vidual tiene su antecedente más remoto en las Novelas 53 y 117 de Justiniano, por las que la viuda pobre y carente de dote tenía derecho a la cuarta parte de la herencia de su difunto esposo<sup>652</sup>. Tal derecho quedó asentado en la práctica sucesoria catalana, y se mantuvo en la Compilación de Derecho Civil de Cataluña, cuyo artículo

---

<sup>651</sup> ESPIAU ESPIAU, S., “Derechos del cónyuge viudo y del conviviente superviviente en Cataluña”, *Tratado de Derecho de Sucesiones*, dirigido por GETE-ALONSO Y CALERA, M.C., Tomo II, SOLE RESINA, J. (Coord.), Civitas - Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2011, págs. 2299 y 2300.

<sup>652</sup> GASSIOT MAGRET, J., *Comentarios a la Compilación del Derecho Civil Especial de Cataluña*, Bosch, Barcelona, 1962, pag. 171.

147 sancionaba el derecho de la viuda a reclamarla siempre que careciera de *medios económicos suficientes para su congrua sustentación, atendido su estado de viudedad y el rango y decoro proporcionados a la condición social de su esposo y al patrimonio relicto.*

En la actualidad, la cuarta viudal queda regulada en los artículos 452-1 a 452-6 del Libro IV del Código Civil de Cataluña. Puede definirse como “el derecho que el Código de Sucesiones de Cataluña reconoce al cónyuge viudo sin recursos suficientes para su congrua sustentación a obtener en la sucesión de su cónyuge premuerto un valor patrimonial equivalente a la cuarta parte del activo hereditario líquido”<sup>653</sup>.

El artículo 452-1.1, que recoge el derecho a la cuarta viudal, casa perfectamente con esta definición:

*El cónyuge viudo o el conviviente en unión estable de pareja que, con los bienes propios, los que puedan corresponderle por razón de liquidación del régimen económico matrimonial y los que el causante le atribuya por causa de muerte o en consideración a esta, no tenga recursos económicos suficientes para satisfacer sus necesidades tiene derecho a obtener en la sucesión del cónyuge o conviviente premuerto la cantidad que sea precisa para atenderlas, hasta un máximo de la cuarta parte del activo hereditario líquido, calculado de acuerdo con lo establecido por el artículo 452-3.*

Definida de forma descriptiva, se indica que “es un derecho sucesorio no familiar (...), de naturaleza no legitimaria (...), que se asigna por ministerio de la ley a favor del superviviente (sea cónyuge o

---

<sup>653</sup> GOMA LANZON, I., “Atribuciones legales (legítimas, los derechos del cónyuge viudo y de las parejas, reservas). Parte segunda. Los derechos del cónyuge viudo”, *Instituciones de Derecho Privado*, Volumen V, Tomo III, DELGADO DE MIGUEL, J.F. (Coord.), Civitas - Thomson, Madrid, 2005, pag. 722.

ESPIAU ESPIAU, S., *op. cit.*, pag. 2310. De forma semejante, se refiere a ella como “un derecho viudal sucesorio que corresponde al cónyuge viudo o al conviviente supérstite y que les faculta para reclamar y obtener en la sucesión de su consorte o compañero premuertos la cantidad que sea precisa para atender a sus necesidades, hasta un máximo de la cuarta parte del activo hereditario líquido, siempre y cuando carezcan de recursos económicos suficientes para satisfacerlas”

pareja estable), que carece de recursos suficientes”<sup>654</sup>, y precisando que “se trata de un crédito que se tiene derecho a percibir por parte del superviviente en la sucesión del difunto que puede llegar hasta la cuarta parte del activo hereditario líquido”<sup>655</sup>.

En la sucesión catalana, fuerza es recordar que el cónyuge no tiene el carácter de legitimario; no es un heredero forzoso. De hecho, los derechos antes enumerados que le favorecen ni siquiera tienen, en su totalidad, naturaleza propiamente sucesoria. El Código Civil de Cataluña ha mantenido la diferenciación preexistente entre el Código de Familia y el de Sucesiones, y así ha mantenido la regulación del derecho al ajuar de la vivienda familiar y al año de viudedad dentro del Libro II, como derechos de marcada naturaleza familiar, frente a la cuarta viudal y el usufructo del cónyuge viudo, desarrollados en el Libro IV, resaltando su carácter estrictamente sucesorio.

Pese a no tener la cuarta viudal la consideración de legítima, lo cierto y real es que comparte algunos de sus rasgos, hasta el punto de que son aplicables a la misma normas propias de aquella<sup>656</sup>. En este sentido, se ha mantenido que podría considerarse a la cuarta viudal como una *cuasi legítima*<sup>657</sup>, pues, al igual que esta, su fundamento se sustenta en una especial relación existente entre el causante y el titular del derecho, y resulta indisponible para aquel. Sin embargo, no se puede obviar que ciertos rasgos propios diferencian marcadamente ambas instituciones: en el caso de la cuarta viudal, el más obvio es que su existencia y aplicación efectivas dependen de la situación económica del supérstite, de modo que no basta el simple parentesco o relación para ser aplicada, como ocurre en la legítima, sino que es necesario que el posible beneficiario carezca de bienes propios para poder atender sus

---

<sup>654</sup> PUIG BLANES, F.P., *Comentarios al Código Civil de Cataluña*, Tomo II, *op. cit.*, pag.437.

<sup>655</sup> *Ibidem*.

<sup>656</sup> En el propio Preámbulo del Libro IV, tras reconocer que *la cuarta viudal sigue sin ser un derecho legitimario (...)* No se duda en señalar que ambas instituciones tienen notables puntos de modo, indicando expresamente que *se introducen para el cálculo de la cuarta reglas análogas a las de la legítima, y también se permite reducir o suprimir legados y donaciones aplicándole las reglas sobre inoficiosidad legitimaria*.

<sup>657</sup> ESPIAU ESPIAU, S., *op. cit.*, pag. 2306, se refiere a su naturaleza como "*cuasi legitimaria*".

propias necesidades, al menos de un modo semejante al que lo venía haciendo.

En relación con lo dicho, el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, en sentencia de 26 de enero de 1995, esclareció el concepto de “congrua sustentación”, indicando que, al ser un concepto jurídico indeterminado, debía interpretarse conforme a la realidad social del momento en que el precepto debía ser aplicado, y que su finalidad no era proporcionar a la viuda el mismo nivel de vida que mantenía antes de fallecer su esposo, sino facilitar que pudiera sostener de forma más moderada, aunque con el debido decoro, la condición de viuda de su cónyuge.

La referencia a la “congrua sustentación” ha desaparecido en la actualidad del texto vigente, y en su lugar el Código Civil de Cataluña habla de *recursos económicos suficientes para satisfacer sus necesidades*. El propio preámbulo del Libro IV se refiere a este cambio, y lo justifica: *en vez del parámetro de la congrua sustentación, vinculado a una concepción social en declive de la viudedad, el libro cuarto recurre al de satisfacción de las necesidades, que puede dotarse de contenido a partir de criterios como, por ejemplo, el nivel de vida, edad, estado de salud, salarios y rentas percibidas o perspectivas económicas previsibles, que son análogos a los que sirven para fijar la pensión compensatoria en una crisis matrimonial*.

Centrándonos en el contenido de la cuarta viudal, habría que distinguir por un lado la “cuarta viudal”, y por otro el derecho sobre la misma.

La cuarta viudal en sí misma constituye el *valor*, el de la cuarta parte de la herencia: es decir, no atribuye el derecho a percibir un cuarto de los bienes de la herencia, sino simplemente el valor que corresponda a dicha cuarta parte. Además, la cuarta parte actúa no como un valor o cuota fija a recibir, sino como un límite máximo para el titular del derecho. Con esto, lo que queremos decir es que aquel cónyuge o conviviente que experimente la falta de recursos que

establece el artículo 542-1, puede reclamar hasta un máximo de la cuarta parte del valor de la herencia; pero si con una atribución menor se ve cubierto en su perjuicio, no tendrá derecho a reclamar la diferencia hasta alcanzar el cuarto.

En consecuencia, la cuarta vidual no aparece como un derecho sucesorio que siempre pueda ser reclamado por el cónyuge viudo, sino que este únicamente puede exigirlo cuando no tenga recursos económicos suficientes para satisfacer sus necesidades, que se determinarán de acuerdo con las normas del 452-1 párrafo 2, siendo el aspecto más relevante que pueda seguir con el nivel de vida que llevaba antes del fallecimiento de su cónyuge:

*Para determinar las necesidades del cónyuge o del conviviente acreedor, debe tenerse en cuenta el nivel de vida de que disfrutaba durante la convivencia y el patrimonio relictivo, así como su edad, el estado de salud, los salarios o rentas que esté percibiendo, las perspectivas económicas previsibles y cualquier otra circunstancia relevante.*

El Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, en la citada sentencia de 26 de enero de 1995, parece avalar la tesis de que la cuarta vidual actúa como una suerte de compensación legal por el desequilibrio derivado de la situación de viudedad, al identificarla *como un derecho ex lege para corregir resultados injustos que se puedan producir en el sistema de separación de bienes precisamente porque el consorte no goza de la condición de legitimario.*

De todo lo dicho, fácilmente se deduce que el requisito esencial de la cuarta vidual queda determinado por la situación económica del superviviente, pues tal aspecto actúa como verdadero criterio de validación. Así, aunque de la “congrua sustentación” hemos pasado a la “ausencia de recursos económicos suficientes para satisfacer sus necesidades”, lo único cierto es que será la situación económica del superviviente, considerada tras el fallecimiento de su cónyuge o conviviente, la que determinará si tiene derecho a participar o no de

este derecho, y hasta qué límite.

Paralelamente a lo dicho, el “derecho” a la cuarta viudal puede configurarse de diferente modo según su titular sea un legatario, o bien un heredero.

En el primer caso, su derecho adquiere los matices de un derecho de naturaleza personal o de crédito, y el titular se hace acreedor del valor indicado, hasta un máximo de la cuarta parte.

Si, por el contrario, el cónyuge o conviviente han sido instituidos herederos por el causante, el artículo 452-5.1 le reconoce la facultad de retener bienes o dinero de la herencia en la cuantía precisa para cubrir sus necesidades, de modo que su derecho no se articula como un derecho de crédito, ni tampoco un derecho subjetivo, sino más bien como una facultad vinculada a la propiedad que le corresponde como heredero sobre los propios bienes de la herencia,<sup>658</sup>.

El cálculo de la cuarta viudal, al igual que hemos visto antes con la fijación de la legítima, es una operación compleja. El artículo 452-3 establece el procedimiento para su fijación, señalando lo siguiente:

*Para calcular la cuarta viudal, se parte del valor de los bienes del activo hereditario líquido en el momento de la muerte del causante y se descuenta solo el valor de los bienes de la herencia atribuidos al cónyuge viudo o al conviviente en unión estable de pareja superviviente. A la cantidad resultante debe añadirse el valor de los bienes dados o enajenados por el causante por otro título gratuito, aplicándole las reglas del artículo 451-5.b, c y d, pero sin incluir las donaciones hechas al cónyuge viudo o al conviviente superviviente.*

Ese “activo hereditario líquido” a que se refiere el Código Civil de Cataluña “lo constituyen el conjunto de bienes que componen la herencia, deduciendo las deudas y cargas hereditarias, entendidas

---

<sup>658</sup> ESPIAU ESPIAU, S., *op. cit.*, pag. 2311.

estas últimas como *los gastos de última enfermedad, entierro y funeral del premuerto* (art. 383.1) o, de acuerdo con la enumeración del artículo 461-19 del CCCat, tan sólo *los gastos de última enfermedad, de entierro o incineración y de los demás servicios funerarios* (art. 461-19a)”<sup>659</sup>.

Ahora bien, al resultado obtenido hay que añadir las disposiciones gratuitas efectuadas por el causante, aunque no deben incluirse las efectuadas a favor del superviviente. A la cifra resultante se la divide entre cuatro, y así se obtiene el límite máximo al que puede aspirar el cónyuge o conviviente a fin de compensar su situación económica. Es importante en este sentido reseñar que el cónyuge tiene derecho a reclamar la cantidad equivalente a esa cuarta viudal, o menos, pero esto no quiere decir que se vinculen bienes de la herencia: puede ser satisfecha, al igual que la legítima, con dinero extrahereditario.

#### **2.4. Legítima, cuarta viudal y pacto de supervivencia**

Desde la aprobación de la Compilación de Derecho Civil Catalán en 1960 se ha mantenido en las sucesivas regulaciones de las compras con pacto de supervivencia la vinculación de la parte correspondiente al cónyuge o adquirente premuerto con su consideración a la hora de calcular las legítimas y la cuarta viudal, a la que se puede imputar como pago de la misma. Es decir, según consagra el artículo 231-15.3, *en los bienes adquiridos con pacto de supervivencia:*

*La adquisición de la participación del premuerto debe computarse en la herencia de este por el valor que tenga la participación en el momento de producirse el fallecimiento, a los efectos del cálculo de la legítima y de la cuarta viudal, y debe imputarse a esta por el mismo valor.*

Si bien es cierto que el origen de la redacción del innovador

---

<sup>659</sup> ESPIAU ESPIAU, S., *op. cit.*, pags. 2314 y 2315.



artículo 61 de la Compilación, donde por primera vez se hizo mención a la obligación de computar la mitad del premuerto en su legítima y de imputarla a la cuarta viudal, parece estar en la influyente opinión de VALLET DE GOYTISOLO, lo cierto es que, en la actualidad, el criterio del legislador no se ha modificado, pese a los diferentes textos legales que se han ido sucediendo y las adversas críticas vertidas tanto desde buena parte de la doctrina como de la línea jurisprudencial asentada.

Y es que la particularidad de esta exigencia, según hemos analizado ya, es que tanto la jurisprudencia fijada por el Tribunal Superior de Cataluña, como buena parte de la doctrina, han trazado una senda interpretativa que prescinde de estas nociones, y que apelando a la naturaleza “familiar” del pacto rechaza su consideración como donación *mortis causa* o como pacto sucesorio, ignorando su vinculación con el cálculo de la legítima y la cuarta viudal.

La historia de este rechazo resulta fácilmente rastreable. A fin de no ser reiterativo, simplemente expondré algunos de los argumentos esgrimidos, la mayor parte de los cuales ya han sido abordados al tratar de la naturaleza jurídica de esta institución.

Se ha señalado que fue PUIG FERRIOL quien por primera vez puso de manifiesto que “no tenía sentido la consideración de que la parte recibida por el supérstite se computara como una donación y como tal se hubiera de incorporar al *relictum* para el cómputo de la legítima”<sup>660</sup>. Haciéndose eco de tales conclusiones, O’CALLAGHAN MUÑOZ, incidió en lo inadecuado de la redacción del artículo 61 de la Compilación de Derecho Civil Especial de Cataluña, y lo calificó sin ambages de “inadecuado”, “incongruente” y “absurdo”<sup>661</sup>.

Si hacemos memoria, O’CALLAGHAN se exhibió como un firme partidario de la tesis dualista, y de la defensa del pacto de supervivencia como un contrato oneroso y aleatorio. Desde tal punto de partida, sus conclusiones parecen justificadas. A su juicio, ni hay efectiva transmisión, ni esta debería considerarse como parte del

---

<sup>660</sup> En PUJOL CAPILLA, P., *op. cit.*, pag. 209, nota pie de página 266.

<sup>661</sup> O’CALLAGHAN MUÑOZ, X., *Comentarios al Código Civil...*, *op. cit.*, pag.114.

*relictum* o del *donatum*. Tal regulación, a su entender, traicionaba el espíritu original de la institución como vehículo al servicio de la reducción de los efectos perniciosos de la muerte del esposo para su cónyuge.

Sin embargo, tras exponer sus quejas, debemos recordar que no tuvo más remedio que admitir que, pese a que la regulación consignada rompía con el sistema y el concepto de la institución, esta constituía *lege data*, y como tal había que aplicarla, al ser Derecho vigente<sup>662</sup>. En consecuencia, la cuota del premuerto debía computarse para el cálculo de la legítima e imputarse al pago de la cuarta vidual.

Puesto ante tal escenario, su conclusión fue que la participación del premuerto “forma parte del *donatum*, pues la norma legal parece asimilarlo a una donación”<sup>663</sup>. En consecuencia, podría ser reducida por inoficiosa si tal cuota excediera los límites de disposición del causante, es decir, si perjudicaba la legítima.

Estas mismas quejas fueron recogidas años más tarde por MEZQUITA DEL CACHO, quien no dudó en señalar a VALLET DE GOYTISOLO como artífice del, a su entender, manifiesto error que supone limitar el pacto de supervivencia de este modo, pues “persiguiendo evitar un fraude a las legítimas (que de existir sería corregible por los tribunales), lo que hace es desnaturalizar y erosionar, en situaciones normales, la función propia de la institución”<sup>664</sup>.

MEZQUITA DEL CACHO efectúa, no obstante, un análisis posterior a la luz del texto legal, y opina que “en la regulación de estos pactos influye más la relativa analogía de los mismos con el contrato sucesorio mutual conyugal”<sup>665</sup>. A fin de justificar tal conclusión, cita la ausencia de causas de revocación y renuncia unilaterales, las limitaciones de enajenación y gravamen, y la necesidad de acuerdo mutuo para su extinción constante el matrimonio de los adquirentes<sup>666</sup>.

Frente a las opiniones de los autores citados y otros que transitan

---

<sup>662</sup> *Ibid.*, pag. 115.

<sup>663</sup> *Ibidem*.

<sup>664</sup> MEZQUITA DEL CACHO, J.L., *op. cit.*, pag.884.

<sup>665</sup> *Ibid.*, pag. 885.

<sup>666</sup> *Ibidem*.

por la misma vía crítica<sup>667</sup>, encontramos la de quienes no consideran consecuencia de un “absurdo” o una “incongruencia” la obligación de imputación y cómputo, deduciendo que obedecen a una lógica exigencia que se deriva de su naturaleza gratuita y sucesoria.

En este sentido, AMENGUAL PONS no dudó en concluir que “indudablemente existirá una transmisión entre cónyuges y a título lucrativo, como presupone la Compilación al disponer que se imputará en pago de la cuarta marital”<sup>668</sup>, lo que, examinado asépticamente, parece evidente. Pero esta opinión no es exclusiva: GASSIOT MAGRET señaló al comentar la Compilación que la compra con pacto de sobrevivencia “ofrece la singularidad de constituir un convenio o contrato que es a la vez una disposición sucesoria, lo cual le da un carácter de heredamiento mutuo”<sup>669</sup>. Y un autor más reciente, GARRIDO MELERO, al analizar el Libro II del Código Civil de Cataluña, ha afirmado que para los otorgantes “el pacto tiene naturaleza sucesoria, sin perjuicio de que la transmisión se va a verificar fuera del cauce establecido para la sucesión en base al propio pacto. Mecanismos paralelos de transmisión sucesoria pueden establecerse utilizando los pactos sucesorios de atribución particular de carácter mutuo”<sup>670</sup>.

En parecido sentido se ha pronunciado también PUIG BLANES al afirmar que el verdadero pacto de supervivencia “es una especie peculiar de pacto sucesorio (no sujeta a las formalidades de los heredamientos) y limitada a un bien concreto (el adquirido)”<sup>671</sup>.

La subsiguiente argumentación que dicho autor desarrolla, a los efectos de lo que aquí tratamos, resulta clarificadora y muy interesante, pues destaca que la interpretación jurisprudencial tradicional ha indicado que las compras con pacto de supervivencia constituyen una institución de naturaleza familiar, cuyo fin es paliar los desajustes económicos derivados del sistema de separación de bienes, y que por

---

<sup>667</sup> Véase por todos PUJOL CAPILLA, P., *op. cit.*, págs. 205 a 212.

<sup>668</sup> AMENGUAL PONS, P.J., *op. cit.*, pag. 400.

<sup>669</sup> GASSIOT MAGRET, J., *op. cit.*, pag. 80.

<sup>670</sup> GARRIDO MELERO, M., *op. cit.*, pag. 314.

<sup>671</sup> PUIG BLANES, F.P., *Comentarios al Código Civil de Cataluña*, Tomo I, *op. cit.*, pag. 276.

ello su naturaleza es familiar. Por el doble juego ya estudiado de la condición suspensiva y resolutoria, se produce una transmisión automática del cónyuge premuerto al superviviente, sin formar realmente nunca parte del haber hereditario. En consecuencia, “no hay transmisión sucesoria alguna, sino *expansión del título* a favor del sobreviviente”<sup>672</sup>.

Ahora bien, paralelamente a este exacto resumen descriptivo de lo que ha sido la vida judicial de las compraventas con pacto de supervivencia, PUIG BLANES no puede dejar de deslizar el hecho de que “dado que genera efectos sucesorios para quien sobreviva, con la finalidad de evitar perjuicios a los legitimarios, se indica que la adquisición de la participación del premuerto (la otra parte), se computará en la herencia de éste por el valor que tenga la participación en el momento de producirse la muerte, a los efectos del cálculo de la legítima (y en base a la cuantificación de la de cada legitimario) y de la cuarta vidual, debiendo imputarse a esta”<sup>673</sup>.

El giro introducido aquí por PUIG BLANES, de un modo sutil y en absoluto artificioso, es sumamente interesante, pues no deduce que el pacto de supervivencia constituya un pacto sucesorio por la exigencia del Código Civil de Cataluña de computar la parte del premuerto para calcular la legítima y la cuarta vidual, sino que deduce que ambas operaciones *son consecuencia* de su naturaleza sucesoria, y no al revés.

Frente a la resignada oposición crítica de autores como O’CALLAGHAN MUÑOZ, MEZQUITA DEL CACHO o PUJOL CAPILLA, sólo por reseñar a los últimos citados como ejemplo de la misma, PUIG BLANES no efectúa la operación inversa y determina su naturaleza sucesoria por la reiterada exigencia de cómputo a efectos sucesorios, sino que la deriva de ella.

Con todo lo dicho hasta aquí, creo que he logrado ilustrar de un modo bastante claro la lógica conclusión que se evidencia: tanto los partidarios como los defensores de la naturaleza sucesoria del pacto, y por ende gratuita, no pueden dejar de señalar que *la norma ordena*

---

<sup>672</sup> *Ibidem.*

<sup>673</sup> *Ibidem.*

*tener en cuenta la transmisión de un cónyuge al otro a efectos sucesorios, bien para no perjudicar a los legitimarios, bien para incluir dicha adquisición en la cuarta viudal, siempre que esta proceda.*

Soy consciente, tras lo expuesto hasta aquí, que la regulación actual, heredera de la contenida en la Compilación de 1960, realmente entraña una clara contradicción con el espíritu original de las compras con pacto de sobrevivencia, si hemos de creer lo revelado por los primeros estudiosos del tema, tales como VALLET DE GOYTISOLO y CALVO SORIANO, pues lo que en aquel entonces se perseguía a través de las mismas era salvaguardar al cónyuge supérstite de los posibles excesos derivados del régimen de separación de bienes tras la muerte de uno de ellos, de modo que lo que se pretendía era excluir la mitad del bien adquirido del haber hereditario del premuerto en su beneficio de su cónyuge, algo parecido a esa “adquisición automática” de la mitad del premuerto, sin formar parte de su herencia.

Pensemos que con la limitación actual, precisamente es a los menos pudientes a quienes más se perjudica, esto es, a aquellos a quienes en su origen esta institución buscaba proteger, pues aquellos cónyuges con un gran patrimonio que incluyan en una compraventa el pacto de supervivencia, dado que la legítima de los hijos únicamente constituye la cuarta parte del caudal relicto, no tendrán en principio que preocuparse de que aquella resulte perjudicada. Sin embargo, los matrimonios cuyo principal patrimonio viene constituido por el inmueble donde habitan, sí tendrán un problema, pues sin duda la mitad dejada el uno al otro por el pacto de supervivencia va a resultar inoficiosa. De poco servirá entonces que el 451-22 permita al adquirente de una atribución particular en pacto sucesorio afectado por la inoficiosidad evitar la pérdida de la totalidad, o de una parte, del bien atribuido pagando a los legitimarios en dinero el importe que deban percibir, pues, probablemente, no tenga ese dinero, viéndose obligado a endeudarse o a permitir la supresión o reducción de dicha atribución.

Esto, que puede parecer tan evidente, en absoluto ha sido así,

como muy bien ilustra PUIG BLANES con su acertada referencia a la jurisprudencia tradicional del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña. Recordemos que en sentencia de 13 de febrero de 2003, de la que fue significativo ponente PUIG FERRIOL, podemos leer lo siguiente:

*El motiu segons del recurs de cassació al·lega infracció de l'article 97 de la Compilació i més concretament del seu apartat segon, en el qual es preveu que "són nuls els pactes o els contractes sobre successió no oberta, llevat els que siguin admesos expressament per aquesta Compilació". Segons la part recurrent la sentència d'apel·lació vulnera aquest precepte, ja que atribueix validesa al pacte de supervivència, que configura com un pacte successori, a un supòsit no previst per la llei, ja que l'article 61 sols permet que puguin convenir-lo els cònjuges que viuen en règim de separació de béns.*

*El motiu segon del recurs és igualment desestimable. I ho és perquè la pretensió de la part recurrent de configurar-lo jurídicament com un pacte successori, no es considera correcta. Com s'ha argumentat en el fonament de dret segon d'aquesta resolució, les compres amb pacte de supervivència són una institució de naturalesa familiar, que opera com a correctiu del règim econòmic matrimonial de separació de béns voluntàriament establert pels interessats i, per tant, el seu règim jurídic és familiar i no successori, amb la conseqüència que la institució no s'ha de veure afectada per la posició del legislador català sobre àmbit de la validesa dels pactes successors. Com resulta de l'article 61,2 de la Compilació, segons el qual l'adquisició pel supèrstit de la meitat del premort actua, de forma simultània, com a compliment de la condició resolutòria de la titularitat del premort sobre la seva quota i com a compliment de la condició suspensiva que li permet adquirir ipso iure o de forma automàtica la quota del premort, que es refereix a un bé concret i determinat, aliena per tan a qualsevol pacte sobre una herència futura.*

De forma parecida, en sentencia de 17 de marzo del año 2003, en la que de nuevo fue ponente PUIG FERRIOL, también se determinó lo

siguiente:

*Tot i que la Sala no comparteix el criteri de la sentència recorreguda favorable a la conversió del pacte de supervivència en una donació per causa de mort, que permetria al consort supervivent acceptar-la després de la mort de l'altre de forma expressa o tàcita, ja que com posa de relleu la doctrina més autoritzada, l'adquisició pel consort supervivent de la meitat indivisa que corresponia al premort opera de forma automàtica, és a dir, sense necessitat d'acceptació per part del supervivent, perquè el pacte de supervivència desvia la meitat indivisa que corresponia al consort premort del decurs hereditari normal, que s'integra d'aquesta forma en la patrimoni del consort supervivent.*

La sala de lo Contencioso-Administrativo previamente ya se había manifestado en esta línea, al resolver sobre una cuestión fiscal, en sentencia de 11 de febrero de 1997, pues concluyó lo siguiente:

*No estamos ante un negocio sucesorio sino ante una adquisición “inter vivos”, onerosa, y, por tant sujeta al Impuesto de Transmisiones Patrimoniales.*

PUJOL CAPILLA expone de forma perfectamente clara el sentir de buena parte de la doctrina en su trabajo, al quejarse de que “el bien en ningún momento ha entrado definitivamente en el patrimonio del premuerto, sino, tan sólo y exclusivamente, en el patrimonio del sobreviviente”<sup>674</sup>, de modo que nunca se debería considerar que formó parte del *relictum*.

Igualmente criticó esta autora la imputación en la cuarta vidual, y no dudó en concluir que “el legislador no ha otorgado una finalidad teleológica y una función uniforme a toda la regulación de la figura, sino que, según regulara una u otra consecuencia ha ido fundamentando la figura en elementos configuradores distintos y

---

<sup>674</sup> PUJOL CAPILLA, P., *op. cit.*, pag. 211.

contrapuestos entre sí, cuestión que nos parece más que jurídicamente criticable, absolutamente reprochable”<sup>675</sup>.

Tal indignación y reproche resultan muy respetables; pero, al igual que ya he manifestado en otra parte del presente trabajo, únicamente da lugar, a mi entender, a la siguiente cuestión: si tras cinco modificaciones legales en un lapso temporal de cincuenta años la polémica exigencia se ha mantenido, *pese a todas las reticencias de una buena parte de la doctrina, y pese a la jurisprudencia reiterada del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña*, ¿no será por algo más que incompetencia o desidia del legislador?

No debemos olvidar que, pese a lo que a veces pueda parecer, según qué estudio leamos, la doctrina no se ha mostrado uniforme en absoluto en todo esto. Antes de la entrada en vigor de la Compilación, varios autores se mostraron partidarios de considerar los efectos sucesorios del pacto de supervivencia, bien considerándolo directamente como una figura de derecho sucesorio, bien como una donación<sup>676</sup>. Y tras promulgarse la Compilación, voces muy autorizadas entre la doctrina han incidido en su naturaleza sucesoria<sup>677</sup>.

Especialmente relevante me parece la opinión de ROCA SASTRE, dada su talla jurídica, quien consideró que el pacto de supervivencia constituía un “sucedáneo del heredamiento mutuo entre cónyuges que no abarca toda la herencia del cónyuge premuerto, sino tan sólo el bien o bienes singulares afectantes a tal pacto, pero con juego íntimo equivalente”<sup>678</sup>. BALLESTEROS ALONSO, en este sentido, no dudó en señalar que el pacto de supervivencia constituía “un heredamiento mutuo de efectos circunscritos a un bien determinado y que

---

<sup>675</sup> *Ibid.*, pags. 211 y 212.

<sup>676</sup> SAGUER Y OLIVET, E., *op. cit.*, pag. 16; PELLA Y FORGAS, J., *op. cit.*, pag. 244; MARTIN RETORTILLO, C., *op. cit.*, pag. 438 y 439.

<sup>677</sup> Así ROCA SASTRE, R.M., “Las compras con pacto de supervivencia”..., *op. cit.*, pag. 457; GASSIOT MAGRET, J., *op. cit.*, pag. 80; AMENGUAL PONS, P.J., *op. cit.*, pag. 400; o los más recientes PUIG BLANES, F.P. *Comentarios al Código Civil de Cataluña*, Tomo I, *op. cit.*, pag 276; o GARRIDO MELERO, M., *op. cit.*, pag. 314 y 315

<sup>678</sup> ROCA SASTRE, R.M., “Las compras con pacto de supervivencia”..., *op. cit.*, pag. 457.



excepcionalmente se pacta fuera de capítulos matrimoniales”<sup>679</sup>.

Con ello, lo que quiero significar es que reputados juristas se han mostrado conformes con las consecuencias o exigencias de la regulación de la Compilación y sus posteriores modificaciones; y otros no. Ni ha existido uniformidad en la opinión antes, ni parece que la haya ahora. Sin embargo, resulta llamativo que incluso los más reacios a reconocer su aspecto sucesorio se hayan acabado plegando a considerar los efectos que en este campo produce, aunque sea porque así viene determinado por la Ley, caso por ejemplo de O’CALLAGHAN MUÑOZ y MEZQUITA DEL CACHO.

Mi opinión a este respecto ha sido dada en el estudio de la naturaleza jurídica de la institución; sin embargo, algo más diré aquí, a la luz de lo expuesto.

Le legítima se configura como una cuota de la herencia de la que el testador no puede disponer libremente, por estar reservada a determinadas personas, llamadas “herederos forzosos”, “legitimarios” o como mejor parezca. Pues bien, una de las notas características que definen dicha indisponibilidad, es que esta no se ve repercutida por los *actos onerosos* del propietario y futuro causante. Ni un bien vendido a un hijo puede ser imputado a la legítima de éste, ni un piso vendido a un tercero puede perjudicar a dicho derecho, resultando la venta inoficiosa (a salvo los casos de fraude, lógicamente, al estila de las donaciones encubiertas).

Igualmente, aunque hemos indicado que la cuarta vidual no es en puridad una “legítima”, sí comparte algunas de sus características: su existencia se deriva de una situación de parentesco o relación personal especial (parejas de hecho), y es indisponible para el futuro causante.

Al señalar el Código Civil de Cataluña que la parte del premuerto *debe imputarse*, en la cuarta vidual, realmente está calificándola como una parte del *relictum*. Parte en apariencia indisponible o inaprehensible para los demás legitimarios o herederos por su especial régimen, pero desde luego parte. Además, el uso del verbo “deber”

---

<sup>679</sup> BALLESTEROS ALONSO, M., *op. cit.*, pag. 455.

confiere un carácter imperativo a esa imputación.

Si la adquisición de la parte del premuerto fuera automáticamente transmitida al supérstite sin transitar por el haber hereditario, todas estas normas serían no sólo innecesarias, sino ridículas. Si estuviéramos hablando de una efectiva adquisición onerosa por parte del sobreviviente, en ningún caso pensaríamos que se pudiera estar perjudicando la legítima, salvo en casos de fraude; y, huelga decirlo, no creo que sea ese el punto de vista del legislador catalán el consignar el contenido de un artículo haciendo regla general de una conducta antijurídica.

Dejando a salvo, pues, los casos de fraude, no existe situación onerosa alguna que obligue a calcular las legítimas por si existe perjuicio. Tampoco soluciona nada apelar a la naturaleza “familiar del negocio”. Familiar o no, en definitiva estamos hablando de una transmisión patrimonial, y como tal debe ser onerosa o gratuita.

Al margen de esto, y entrando en una materia que, a mi entender, se presta a mayor debate, la naturaleza del pacto se evidencia gratuita, y dado que es la muerte la que determina y concreta sus efectos, sucesoria. Pero de eso ya hemos hablado.

## **2.5. *Hipotéticas consecuencias del artículo 231-15.3***

Ciñéndonos estrictamente al contenido del artículo 231-15.3, que no deja de ser derecho positivo, pese a la irresoluta polémica existente en torno al mismo, en la práctica, al menos desde un punto de vista teórico, el valor de la parte del bien correspondiente al adquirente fallecido y sujeto al pacto de supervivencia, sea aquella la parte que sea, debe computarse en su herencia, de acuerdo con lo establecido por el citado y polémico artículo.

Tal mandato nos lleva indefectiblemente al artículo 451-5, referido a la cuantía y cómputo de la legítima, y más concretamente a su apartado b):

**Artículo 451-5.** *Cuantía y cómputo de la legítima.*

*La cuantía de la legítima es la cuarta parte de la cantidad base que resulta de aplicar las siguientes reglas:*

*a. Se parte del valor que los bienes de la herencia tienen en el momento de la muerte del causante, con deducción de las deudas y los gastos de la última enfermedad y del entierro o la incineración.*

*b. Al valor líquido que resulta de aplicar la regla de la letra a, debe añadirse el de los bienes dados o enajenados por otro título gratuito por el causante en los diez años precedentes a su muerte, excluidas las liberalidades de uso. El valor de los bienes que han sido objeto de donaciones imputables a la legítima debe computarse, en todo caso, con independencia de la fecha de la donación.*

En virtud del transcrito artículo, parece que debemos equiparar la parte consolidada por el superviviente con las enajenaciones efectuadas a título gratuito. Sin embargo, debemos considerar una notoria salvedad: por expresa disposición del 231-15.3, no se tendrá en cuenta si el negocio original se celebró más de diez años antes o no, límite temporal que marca en cualquier disposición gratuita a favor de un tercero no legitimario la obligatoriedad o no de computarla en la herencia. Las adquisiciones con pacto de supervivencia no parecen verse afectadas por tal frontera cronológica. Esta exclusión determina que el Libro II del Código Civil Catalán equipare curiosamente la adquisición consagrada por el pacto de supervivencia con las donaciones efectuadas a favor de los legitimarios, único supuesto contemplado desde la perspectiva general del 451-5.b) en que la fecha de la liberalidad no tiene importancia.

Según hemos expuesto, el cónyuge no tiene, ni nunca ha tenido en el Derecho Civil Catalán, el estatus de legitimario. Por ello, no deja de ser curioso que una institución en apariencia prevista para proteger y beneficiar al cónyuge supérstite excepcione precisamente este supuesto y le asocie unos efectos más severos que los de cualquier transmisión gratuita efectuada a favor de un tercero. Cabe imaginar que

esto es así porque entiende el legislador que la transmisión no se produce *de un modo efectivo* en el momento de celebrarse el contrato y otorgarse el pacto, *sino en el momento posterior del fallecimiento*, lo que de nuevo lleva a vincular nuestra institución con las donaciones *mortis causa* y los pactos sucesorios.

Al margen de esta particularidad, y volviendo estrictamente a la determinación de la cuantía y cómputo de la legítima, lo cierto es que, según decía, del 231-15.3 se deriva que el valor de la parte del fallecido a fecha de su fallecimiento debe ser considerada a los efectos de determinar exactamente el caudal hereditario. Las consecuencias de tal cómputo, obviamente, sólo pueden ser dos:

- Que el valor de dicha parte no genere perjuicio a la legítima, es decir, que no exceda de las tres cuartas partes del valor de la herencia, en cuyo caso no dará lugar problema alguno.

- O bien que *sí lo exceda*, en cuyo caso, pese a que nada diga el 231-15 ni ninguno de los artículos siguientes destinados a regular las adquisiciones onerosas con pacto de supervivencia, debemos entender que son de aplicación las reglas genéricas del artículo 451-22, relativas a la reducción de las disposiciones gratuitas por inoficiosidad.

De los artículos 451-22 y 451-23 resulta que, en caso de que el heredero se encuentre con que existen disposiciones gratuitas tales que no le resten bienes relictos suficientes para pagar las legítimas, el orden de reducción o supresión de tales disposiciones es el siguiente, sin que el causante pueda alterarlo:

- 1º Los legados y demás atribuciones por causa de muerte.

- 2º Las donaciones y atribuciones particulares en pacto sucesorio.

En esta situación, igualmente pueden ocurrir dos cosas:

- Que la única disposición “gratuita” existente sea el pacto de supervivencia, en cuyo caso el contenido del mismo, es decir, la participación del premuerto, deberá reducirse hasta dejar a salvo la cuota legitimaria, o llegado el caso, suprimirse<sup>680</sup>.

---

<sup>680</sup> El caso de la supresión del pacto de supervivencia en este supuesto se me antoja remoto, pues si el hecho de recibir el cónyuge o conviviente supérstite la parte del

- Que el pacto de supervivencia no haya sido la única liberalidad efectuada, sino que haya otras, tales como legados contenidos en el testamento del causante, donaciones o atribuciones efectuadas en pacto sucesorio. En este caso, sí nos encontramos con un verdadero problema:

El artículo 451-23 establece el orden de reducción que debe respetarse. Dicho orden es el siguiente:

*1. La reducción de legados y de demás atribuciones por causa de muerte se hace en proporción a su valor, respetando las preferencias de pago que ha dispuesto el causante.*

*2. La reducción o supresión de donaciones y atribuciones particulares en pacto sucesorio comienza por la más reciente y sigue por la siguiente más reciente, y así sucesivamente, por orden inverso de fecha. Si la fecha coincide o es indeterminada, las donaciones y atribuciones particulares se reducen a prorrata.*

*3. El causante no puede alterar el orden de prelación en la reducción de donaciones y atribuciones particulares ni disponer que sean reducidas antes que los legados.*

Siendo esto es así, el problema, en buena lógica, es el siguiente: partiendo de que el pacto de supervivencia no constituye un legado, lo que parece fuera de toda duda, y no constando expresamente en ningún artículo del Código que constituya una donación o un pacto sucesorio, ¿en qué orden debe reducirse o suprimirse, en caso de concurrir con los mismos? ¿Y con qué fundamento? La cuestión no es baladí, aunque carece de respuesta.

En este sentido, cabe destacarse que el testador sí puede expresar sus preferencias, caso de que las haya, en los legados, pero carece de esta atribución respecto de las donaciones y los pactos sucesorios de

---

causante en el bien sujeto al pacto conlleva un perjuicio para la legítima, siendo la única disposición efectuada de naturaleza gratuita, debemos suponer que es porque el patrimonio del fallecido estaba integrado casi en exclusividad por sus derechos en dicho bien, de modo que con reducir dicha cuota hasta salvar la cuarta parte que corresponde a la legítima, debería ser suficiente.

atribución particular. ¿Cabría pues equiparar el pacto a las donaciones y los pactos sucesorios, y proceder según la fecha? Siendo esto lo más lógico, ¿no constituye un nuevo argumento de cara a justificar su naturaleza gratuita, y presumiblemente *mortis causa*? Porque pretender afirmar que una transmisión onerosa, realizada hace el tiempo que sea, debe atender a un orden de prelación de donaciones y pactos sucesorios a fin de determinar si es plena y verdaderamente eficaz se antoja algo más allá de toda lógica.

Respecto de la imputación en la cuarta vidual, también puede deparar problemas, aunque de índole diversa.

Como hemos dicho antes, la cuarta vidual constituye un tope indisponible para el causante, el cual debe respetar tal límite de adjudicación a su cónyuge o conviviente, para que pueda seguir viviendo conforme a unas condiciones económicas semejantes a las que tenía antes de su fallecimiento.

Contando con esto, el único problema que se podría suscitar es el de que la parte que debe recibir el superviviente tenga un valor superior a la cuarta parte de la herencia. En este caso, tanto si nos encontramos ante una sucesión testada como intestada, ¿de qué modo ha de interpretarse su imputación en cuanto al exceso? ¿Cómo una suerte de legado efectuado sobre la parte de libre disposición? No parece posible, pues el contrato que contiene al pacto no tiene naturaleza testamentaria. ¿De nuevo una donación, o un pacto sucesorio, efectuados con cargo a la parte libre? Parece lo más lógico, en consonancia con lo antes expuesto. Pero nada dice el texto legal sobre esto, y la insistente tendencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña a considerar el pacto de supervivencia como una institución familiar y de naturaleza onerosa, desde luego, no ayuda. ¿Qué ocurriría si se suscitara un pleito sobre una cuestión semejante a la que hemos expuesto? ¿Cómo se resolvería? Mi opinión, según ya he indicado, es la de considerar el pacto de supervivencia como una modalidad particular de pacto sucesorio de atribución particular, de modo que la

equiparación con estos, según desarrollo más adelante, me parece la solución más lógica. Sin embargo, hemos de reconocer que, lamentablemente, no contamos con materia jurisprudencial para dar la adecuada respuesta a estas preguntas.

### **3. El pacto de supervivencia como pacto sucesorio**

#### **3.1. Aproximación a la regulación de los pactos sucesorios en el Código Civil de Cataluña**

La sucesión contractual en el ámbito jurídico catalán ha estado estructurada, hasta la entrada en vigor del Libro IV del Código Civil de Cataluña, por los *heredamientos*. GASSIOT MAGRET, reduciendo los caracteres de la institución al máximo, apuntó que “heredamiento significa institución de heredero”<sup>681</sup>; y no dudó en destacarla como la “institución más típica del Derecho Civil Especial de Cataluña”<sup>682</sup>.

El origen de los heredamientos, según señala el citado autor, es la costumbre, que, contra la prohibición genérica del Derecho Romano a la sucesión contractual, dio lugar a su regulación normativa por primera vez en las Constituciones de Cataluña. Y, desde entonces, su naturaleza jurídica fue discutida. FONTANELLA señaló a este respecto que el heredamiento constituía una donación *inter vivos* por causa de matrimonio, en previsión del fallecimiento; y que por ello su naturaleza era un híbrido de donación *inter vivos* y acto de última voluntad. Algo parecido opinó VIVES, quien al carácter de donación entre vivos añadió el propio de las instituciones hereditarias<sup>683</sup>.

El paso de la regulación de los heredamientos a la Compilación de Derecho Civil de Cataluña los identificó como la única vía posible de sucesión contractual, acotada a unos márgenes muy estrictos: únicamente podían otorgarse en capitulaciones matrimoniales, y a favor de los esposos o de sus descendientes. Y siempre bajo las diversas

---

<sup>681</sup> GASSIOT MAGRET, J., *op. cit.*, pag. 83.

<sup>682</sup> *Ibidem*.

<sup>683</sup> Ambos citados por GASSIOT MAGRET, J., *ibid.* pag. 84.

formas reguladas en dicho cuerpo legal.

Con la entrada en vigor del Libro IV del Código Civil de Cataluña, según se ha dicho, el panorama ha cambiado notablemente. El mismo Preámbulo de la Ley 10/2008, por la que se aprobó el citado Libro IV, reconoce que “el régimen de los pactos sucesorios es, sin duda, la innovación más importante que presenta el libro cuarto respecto al anterior Código de Sucesiones”. Esto es así porque no sólo se simplifican y amplían los límites de los heredamientos, sino también porque se introduce la novedosa institución de los “pactos sucesorios de atribución particular”.

Su regulación actual dentro del Código Civil de Cataluña se recoge en el Capítulo I del Título III del Libro IV, concretamente en los artículos 431-1 a 431-30, y se divide en tres secciones: la primera, referida a disposiciones generales de aplicación a todos los supuestos de sucesión contractual; y las dos siguientes dedicadas a los dos tipos que la integran: heredamientos y pactos sucesorios de atribución particular.

Ahora bien, antes de profundizar en los pormenores de la actual regulación, corresponde concretar qué debemos entender por pacto sucesorio:

FERRERO RUA atiende a esta pregunta precisando que la respuesta depende del enfoque que adoptemos: “Se define el pacto sucesorio desde el punto de vista amplio, como el negocio jurídico que tiene por objeto la disposición de la herencia futura de una persona, interviniendo o no esta persona en dicho acuerdo. En tal sentido, cabe comprender incluidos los pactos de suceder propiamente dichos, los pactos de no suceder y los contratos sobre la herencia de un tercero. Desde el punto de vista estricto, el pacto sucesorio viene referido a un negocio jurídico bilateral o plurilateral, por el que una o varias partes establecen la ordenación de su sucesión *mortis causa*, aceptando el resto dicha ordenación, siendo vinculante”<sup>684</sup>.

---

<sup>684</sup> FERRERO RUA, A.B., *Comentarios al Código Civil de Cataluña*, Tomo II, PUIG BLANES, F.P. y SOSPEDRA NAVAS, F.J. (Coords.) Civitas - Thomson Reuters, Cizur



El Código Civil de Cataluña, por su parte, define y configura los pactos sucesorios en el artículo 431-1, que establece:

1. *En pacto sucesorio, dos o más personas pueden convenir la sucesión por causa de muerte de cualquiera de ellas, mediante la institución de uno o más herederos y la realización de atribuciones a título particular.*

2. *Los pactos sucesorios pueden contener disposiciones a favor de los otorgantes, incluso de forma recíproca, o a favor de terceros.*

El párrafo primero recoge las dos modalidades que, de conformidad con el citado cuerpo legal, pueden pactarse hoy día en Cataluña: por un lado, el *heredamiento*, o institución contractual de herederos; por otro, las atribuciones de bienes en particular.

El heredamiento, recordando la simplista definición de GASSIOT con que empezábamos este capítulo, consiste, efectivamente, en una *institución contractual de heredero*. Con ello, queremos significar que “el heredamiento es el pacto sucesorio en el que se instituye heredero, bien sea a uno de los otorgantes del pacto, bien a un tercero”<sup>685</sup>.

El heredamiento se estructura actualmente en cuatro modalidades distintas: heredamiento simple (aquel en que simplemente se efectúa institución de heredero), acumulativo (mediante el cual a la institución de heredero se suma o “acumula” al heredero la atribución de presente de todos los bienes del heredante), mutual (consistente en una institución recíproca de heredero entre los otorgantes) y preventivo (que se caracteriza por tolerar la revocación unilateral del mismo tras su otorgamiento por medio de un posterior testamento o nuevo pacto sucesorio).

Con esta regulación, el Código Civil de Cataluña ha simplificado la anterior regulación del Código de Sucesiones, heredera de la contenida en la Compilación, no sólo en cuanto a los posibles modelos

---

Menor (Navarra), 2011, pag. 316.

<sup>685</sup> En palabras de DEL POZO CARRASCOSA, P., *Tratado de Derecho de Sucesiones*, op. cit., pag. 1385.

de heredamiento, sino también en relación con la claridad y número de normas aplicables<sup>686</sup>.

Por el contrario, los pactos sucesorios de atribución particular no incluyen en modo alguno la institución de heredero, sino que consisten en una disposición de bienes o derechos en concreto a favor de uno de los otorgantes del pacto, o de un tercero. Serían, por establecer una suerte de analogía con la sucesión testamentaria, el equivalente a los legados.

La novedad más relevante que trae consigo la regulación de los pactos sucesorios de atribución particular consiste en desligar la sucesión contractual de la institución de heredero. En efecto, mediante los mismos se permite una apertura nueva de esta forma sucesoria, que confiere mayor libertad al prescindir de las connotaciones inherentes a la institución de heredero.

Pese a que es cierto que nada impide instituir a una persona como heredero y atribuirle un bien concreto de la herencia en tal concepto, lo cierto es que la figura del heredero no se limita a ser adjudicatario de un bien o bienes, sino que tal institución conlleva una serie de obligaciones de las que carece el legatario/atribuido, tales como el deber de satisfacer las deudas, entregar los legados o administrar la herencia hasta que sea liquidada. El legatario no participa de ninguna de estas obligaciones de forma genérica, y, por extensión, tampoco el beneficiario de una atribución particular.

En consecuencia, podemos definir el pacto sucesorio de atribución particular como “un legado cuya eficacia queda reforzada por el carácter *contractual* del fundamento sucesorio”<sup>687</sup>. Tal refuerzo contractual viene determinado por el consentimiento del propio favorecido, en caso de que sea otorgante del pacto, o bien del resto de

---

<sup>686</sup> La Compilación de Derecho Civil Especial de Cataluña agrupó los heredamientos en tres grupos: *Heredamientos a favor de los contrayentes*, que se dividían en heredamientos simples o de herencia, cumulativos y mixtos; *heredamientos a favor de los contrayentes*, que comprendían los heredamientos puros, preventivos y prelativos; y los *heredamientos mutuales*.

<sup>687</sup> Definición formulada por DEL POZO CARRASCOSA, P., *Tratado de Derecho de Sucesiones*, op. cit., pag. 1395.

otorgantes.

En cuanto a la similitud establecida con el legado, no es una mera conclusión doctrinal, sino que el propio Código Civil de Cataluña fundamenta la aproximación entre ambas instituciones al permitir aplicar a los pactos sucesorios de atribución particular las normas reguladoras de los legados con carácter subsidiario, en todo lo que no se contradiga el carácter irrevocable de aquellos, según consagra el artículo 431-30.5.

Centrándonos en las normas propias de los pactos sucesorios de atribución particular, puede sorprender su brevedad bajo la óptica de su novedad: le dedica el Código Civil de Cataluña tan sólo dos artículos, y ambos están trufados de remisiones a otras instituciones y reglas. Así, de los tres párrafos del 431-29, el segundo remite a las normas de los heredamientos preventivos y el tercero a las de la donación, si bien en este caso actuando como mero precepto aclarativo, al precisar que si en un pacto de este tipo existe transmisión de bienes de presente, se considerará donación. El 431-30.3 remite a las normas del 431-24.1 para el caso de premoriencia del favorecido, y el párrafo 5 ya lo hemos reseñado.

En cuanto al resto, el ya analizado 431-29 perfila el concepto de pacto sucesorio de atribución particular, según lo visto; y el 431-30, en lo no analizado hasta aquí, indica lo siguiente:

*1. El causante que otorga en pacto sucesorio una atribución particular solo puede disponer de los bienes que son objeto de la misma con el consentimiento expreso del favorecido o, si este no es parte del pacto, con el de los demás otorgantes.*

*2. Si el bien atribuido se pierde o se deteriora por causa imputable al causante o este lo enajena o lo grava contraviniendo a lo establecido por el apartado 1, el favorecido puede exigir al heredero su valor, salvo, en caso de deterioro o de gravamen, que el heredero esté en condiciones de cumplir en los términos convenidos.*

*4. Al morir el causante, el favorecido con una atribución particular*

*hace suyos los bienes independientemente de que el heredero acepte la herencia y puede tomar posesión de ellos por sí mismo.*

### **3.2. El pacto de supervivencia y los pactos sucesorios de atribución particular**

Ya he expuesto anteriormente cuál es la postura que defiendo: que de la redacción actual del Código Civil de Cataluña, respaldada firmemente por las regulaciones anteriores al mismo, se desprende que el pacto de supervivencia, diferenciado del contrato oneroso que lo origina como un negocio jurídico distinto, con su propia naturaleza, causa, objeto y atributos, da lugar a un supuesto especial de pacto sucesorio de atribución particular.

Tal conclusión viene fundada no sólo por la necesidad de computar la parte del premuerto en su herencia para el cálculo de la legítima y la cuarta vidual, a la que puede ser imputada, sino también por el propio tenor de la institución: su funcionamiento interno, el aspecto material de la transmisión a favor del supérstite y el fallecimiento como motor determinante y desencadenante del proceso.

Sin necesidad de entrar en complejas argumentaciones acerca de la naturaleza *mortis causa* inherente a este negocio, o de su aspecto gratuito frente a las justificaciones que esgrimen la onerosidad de un pacto recíproco como fundamentación de sus argumentos, lo cierto es que no puedo dejar de hacer hincapié en que donde realmente se revela de un modo más obvio esta naturaleza sucesoria es en la exigencia del cómputo de la parte del primer fallecido a efectos de calcular las legítimas y cuarta vidual. Esta exigencia pone de manifiesto indefectiblemente la voluntad del legislador de vincular este negocio con los de naturaleza gratuita. Y, de entre estos negocios, dado que la muerte funciona como elemento configurador y alentador del mismo, parece lo más sencillo y lógico vincularlo con los negocios *mortis causa*.

Teniendo dos instituciones vigentes y bien reguladas como las donaciones *mortis causa* y los pactos sucesorios de atribución

particular, ¿para qué acudir a complejas o elusivas construcciones? Ya he afirmado antes que quedarse en el aspecto familiar de esta institución es quedarse corto, pues mucho más se debe decir de una figura jurídica que tiene una clara repercusión patrimonial, tanto desde el punto de vista real como sucesorio. Y reiterar la coexistencia de un negocio oneroso con un perjuicio a las legítimas o una imputación a la cuarta viudal, considero que carece de sentido. ¿Cómo puede un cónyuge viudo adquirir de forma onerosa una participación indivisa de un bien inmueble, y verse obligado primero a comprobar que dicha adquisición no perjudica la legítima de sus hijos, y luego a incluir dicha adquisición, obtenida no lo olvidemos en retribución de su equivalente compromiso con el difunto, en pago de su cuarta viudal, en evidente perjuicio de sus derechos hereditarios? Y es que, ¿acaso tiene sentido imputar a la cuarta viudal un bien adquirido como retribución de un negocio oneroso, de modo que su participación en la herencia del causante se vea minorada por tal imputación? Se le gravaría primero por el negocio oneroso, y luego se le restaría de sus derechos sucesorios. Nada de esto tiene sentido.

Asentado este presupuesto, mi parecer es que la muerte, en este negocio, no actúa como un elemento más del mismo, al estilo del requisito definitorio de una condición suspensiva o resolutoria, sino que se constituye en el elemento generador de la transmisión y configurador del propio negocio. Así como el fallecimiento abre la sucesión y determina la delación de la herencia, en el pacto de supervivencia la muerte origina el tránsito patrimonial, sin necesidad de aceptación, al contrario de lo que ocurre en la institución de heredero o en los legados, porque previamente ya fue aceptado de forma contractual y vinculante entre los otorgantes.

Sólo resta optar, pues, entre las donaciones *mortis causa* y los pactos sucesorios. En este punto, preciso es recordar que, ya desde antiguo, se ha señalado que el carácter esencialmente revocable de las donaciones no casa con el pacto de supervivencia, y a día de hoy sigue siendo así. Por ello, lo más razonable, a mi entender, es identificar el

mismo con un pacto sucesorio.

En este sentido, la mayor reticencia que puede plantearse acaso sea la de la inexistencia de los pactos sucesorios de atribución particular en el momento de entrar en vigor la Compilación de Derecho Civil Especial de Cataluña. Ahora bien, frente a esta alusión, podemos afirmar que también en ese momento el aspecto subjetivo del pacto era más estricto, reducido a los cónyuges casados en separación de bienes; y que, pese a que si bien es cierto que dicha modalidad de pacto sucesorio no estaba legislada, también lo es la vigencia entonces, igual que ahora, de los heredamientos mutuales. En este sentido, no debe olvidarse que nada obsta a que se nombre a una persona heredera de otra sobre un bien concreto, pudiendo coexistir o no con otros herederos. Desde este punto de vista, en su origen el pacto de supervivencia acaso podría haberse intentado definir como un heredamiento mutuo sobre un bien concreto, identificado con la mitad indivisa de la finca adquirida en conjunto; tentativa ésta en absoluto original<sup>688</sup>, y que fue criterio decisorio esencial en la citada sentencia de 20 de octubre de 1995 del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña<sup>689</sup>.

Sin embargo, hoy en día, y a la luz de todo lo expuesto, los instrumentos jurídicos con los que contamos son otros. Y a fin de establecer o asentar la naturaleza sucesoria del pacto de supervivencia, resulta sin duda lo más interesante y pertinente acudir a las normas sobre sucesiones contenidas en el Libro IV del Código Civil Catalán, artículos 231-15 y siguientes, a fin de comprobar su compatibilidad.

El artículo 411-2 del Libro IV del Código Civil Catalán establece que el momento de apertura de la sucesión se produce con la muerte del causante, siendo este también el momento de la delación, de

---

<sup>688</sup> Recuérdese, por ejemplo, la opinión antes citada de ROCA SASTRE, R.M., “Las compras con pacto de supervivencia”..., *op. cit.*, pag. 45, quien consideró el pacto de supervivencia como un “sucedáneo del heredamiento mutuo entre cónyuges”. Igualmente la citada opinión de BALLESTEROS ALONSO, M., *op. cit.*, pag. 455.

<sup>689</sup> Recuerdo que en la misma se expresa con rotundidad que *no cabe la menor duda de que la adquisición con pacto de supervivencia supone una manifestación de la sucesión contractual, a título particular, y que se reconoce en Cataluña con independencia de los heredamientos.*

acuerdo con el 411-4. La vocación sucesoria viene dada por el testamento, los heredamientos y lo establecido por la Ley, según el 411-3. Tal redacción adolece de precisión jurídica y padece de nostalgia, pues no es ni exacto ni coherente señalar como título sucesorio los heredamientos en lugar de los pactos sucesorios. Como ya he indicado previamente, el Título III, Capítulo I del Libro IV se refiere de forma genérica a los pactos sucesorios, y en ellos señala dos categorías: los heredamientos y los pactos sucesorios de atribución particular. Es por ello que debe entenderse que allí donde el 411-3 sólo dice “heredamientos”, debe entenderse “sucesión contractual” o “pactos sucesorios”, por usar la propia terminología del Libro IV.

En consonancia con lo dicho, el artículo 231-15.1 sanciona como causa de la adquisición de la totalidad de la cosa sujeta al pacto de supervivencia para uno de los cónyuges o convivientes el fallecimiento del otro, con lo que la vocación sucesoria parece justificada. Con ello, como ya he dicho, se trata de entender el fallecimiento de uno de los adquirentes como elemento configurador y desencadenante del tránsito patrimonial que conlleva el procedimiento sucesorio, del que el pacto de supervivencia es sólo una parte.

En este punto, nos enfrentamos de nuevo a la cuestión de la naturaleza jurídica de esta institución. Y no estaría de más ahora volver a recordar la reiterada resolución de 19 de mayo de 1917 de la Dirección General de Registros y del Notariado. En ella, según hemos analizado ya, se negó la naturaleza sucesoria del pacto de supervivencia, indicando que:

*La constitución de un derecho real sobre bienes determinados, en consideración a la supervivencia, es un convenio entre vivos, cuyos desarrollos propios se encuentran en el derecho de “contratación” y en el de “cosas”, sin que la entrega del objeto o goce de una facultad “post mortem” sea más que una mera modalidad del convenio, nunca bastante para desnaturalizar el carácter de los actos entre vivos.*

El párrafo transcrito ha actuado a lo largo de casi cien años como una suerte de infalible norte jurídico interpretativo cuando se ha hecho frente al estudio de las compraventas con pacto de supervivencia; ha sido la Piedra de Roseta que ha servido para descifrar el galimatías doctrinal-consuetudinario de esta institución. En más de una ocasión, se ha esgrimido como cita ineludible en defensa de la naturaleza onerosa del pacto de supervivencia, tal como si fuera parte inherente de la esencia del mismo. Y frente a toda esta reverencia, y frente además a la exactitud del texto citado, con el que no puedo estar más de acuerdo, sin embargo, pienso que puede oponerse un “pero”. Y es precisamente la inherente idea de onerosidad que impregna dicho párrafo.

El recurso que resuelve la resolución del año 1917 fue presentado por el notario PABLO SANAHUJA, y mediante el mismo defendió, frente a la negativa del registrador de la propiedad de Balaguer a inscribir una compra con pacto de supervivencia, que tal pacto no era más que una cláusula más del contrato de compraventa, y que por su naturaleza debería considerarse como un vínculo contractual establecido entre ambos, que albergaba una donación *inter vivos* de tipo recíproca o compendiosa.

El terreno de juego planteado, pues, era el de que el pacto de supervivencia constituía parte un contrato, no un negocio independiente en sí mismo; y que, frente a las múltiples suspicacias y reticencias que levantaba la posibilidad de considerarlo como una donación *mortis causa*, su ámbito propio era *inter vivos*.

Ante este planteamiento, la Dirección General resolvió del modo transcrito. Y al resolver se preocupó muy mucho de rechazar la naturaleza gratuita del contrato, y de asentar la reciprocidad y bilateralidad del mismo, apoyándose incluso en el empleo del verbo “adquirir” frente al uso de “suceder, heredar o donar”. Es decir, resolvió sobre una escritura en concreto, y frente a unos argumentos concretos.

En su argumentación, el órgano de dirección de los Registros se apoyó en la libertad de contratación y en el aspecto condicional y aleatorio del pacto; y fundamentó su validez en el *derecho de*



*contratación y en el de las cosas*, negando que el mismo recubriera una donación, fuera del tipo que fuera. Es decir: entendió que la cláusula recurrida tenía un evidente carácter oneroso. Y ahí es donde debemos pararnos; y ahí es donde debemos centrar nuestra atención.

No podemos dudar de que la constitución de un derecho real sobre bienes determinados, en consideración a la supervivencia, pueda ser un convenio entre vivos; ni que la entrega del objeto o goce de una facultad “post mortem” pueda ser más que una mera modalidad del convenio que no desnaturalice su carácter de acto entre vivos. Pero igualmente no podemos dudar de que, cuando se habla de constitución de un derecho, lo está haciendo desde el terreno del *derecho de contratación y de las cosas*; esto es: está entendiendo esa constitución como un contrato oneroso.

Sin embargo, lo que si se parece olvidar es que todas las disposiciones sucesorias, incluida la donación *mortis causa*, parten también de la *consideración de la supervivencia*: quien instituye heredero a alguien, lo hace en previsión de que le sobreviva; igual quien efectúa un legado; se prevé la supervivencia del beneficiario, o la de sus sustitutos si se toman las precauciones adecuadas, en su caso. Y de lo que se trata es de transmitir el dominio u otros derechos reales igualmente, tales como la propiedad, el usufructo o un derecho de habitación. La única particularidad es que la constitución de esos derechos, en los negocios *inter vivos* con eficacia *post mortem*, queda perfeccionada desde ya, sólo pendiente de que se produzca la condición para que se consuma el contrato, mientras que en las disposiciones sucesorias testamentarias, es la muerte del ordenante la que perfecciona la transmisión, de modo que sin ella no puede decirse que exista dicha transferencia de derechos, ni que tenga repercusión jurídica real. Esto, insisto, en las testamentarias, ya que no es exactamente así en la sucesión contractual: en estas, el vínculo sí se establece desde que se otorga el pacto sucesorio, que queda desde entonces perfeccionado.

La clave, pues, está en el momento de *constitución* del derecho

real: si estamos ante un negocio oneroso, no hay duda de que queda válidamente constituido el derecho a favor del que lo recibirá en el mismo momento de celebrarse el contrato, pero su eficacia quedará pospuesta *post mortem*, esto es, hasta que se verifique el fallecimiento del transmitente. Por el contrario, si estamos ante una disposición sucesoria, y por ende gratuita, el momento de constitución coincidirá con el del fallecimiento, y no antes, habiéndose perfeccionado previamente sólo su vocación o formulación, y generado una expectativa de derecho.

Es por todo esto por lo que digo que la resolución analizada se centra en el pacto de supervivencia como negocio oneroso, y no profundiza en su naturaleza gratuita y sucesoria, que ni siquiera considera posible. Y en el pacto de supervivencia, a mi entender, no aparece el carácter oneroso, pues no hay, a mi modo de ver, una contraprestación efectiva.

En relación con este aspecto, en la resolución se establece un cierto paralelismo con los negocios aleatorios a la hora de justificar la onerosidad, paralelismo que, no dudo, sirvió de guía a autores como VIRGILI SORRIBES y O'CALLAGHAN MUÑOZ. Ahora bien, mi opinión es que dicho paralelismo no está bien trazado.

En los contratos aleatorios, la contraprestación estriba en que uno de los contratantes gana, y el otro pierde; esa doble asunción del riesgo, que define el *alea*, caracteriza la contraprestación, que configura el carácter oneroso del contrato. Sin embargo, en el pacto de supervivencia esta contraprestación *jamás tiene lugar*, pues si bien es cierto que el que sobrevive “*gana*<sup>690</sup>” la parte del otro, el premuerto *nunca pierde*, pues deja de existir en esta vida, de modo que ni es sujeto de derecho ya, ni puede lamentar su mala fortuna.

Es por ello por lo que reitero mi impresión de que estamos ante una modalidad de pacto sucesorio: porque la muerte no es una mera modalidad del contrato, sino el elemento central del mismo, y porque su

---

<sup>690</sup> “Recibir” es un verbo mucho más exacto, pero para el tenor del argumento que esgrimo resulta mucho menos gráfico.

naturaleza gratuita impide su configuración bajo las formas de los contratos onerosos.

Volviendo al estudio de las normas sobre sucesiones contenidas en el Libro IV del Código Civil Catalán, el siguiente paso es considerar el pacto de supervivencia en el ámbito de los pactos sucesorios, a fin de contrastar la coherencia interna coexistente entre ambos conjuntos normativos, de modo que podamos comprobar cómo todo lo expuesto hasta aquí puede adaptarse y tener sentido a la luz de las disposiciones generales de la Sección I.

El artículo 431-1, párrafo 1 consigna que en el pacto sucesorio se conviene la sucesión por causa de muerte de los otorgantes; y el artículo 431-5, párrafo 1, indica que mediante el pacto sucesorio se puede ordenar la sucesión con la misma amplitud que en testamento, pudiendo contener heredamientos y atribuciones particulares. El artículo 231-15, por su parte, especifica que mediante el pacto de supervivencia se acuerda por los otorgantes que, cuando cualquiera de ellos muera, el superviviente devengará titular único de la totalidad del bien adquirido. Es decir: en todos ellos queda concretada la muerte de uno de los intervinientes como elemento configurador del negocio, así como punto de arranque de la transmisión del derecho a adquirir.

Cabe hacerse un breve y sugerente inciso para señalar que, frente a las reticencias que, con toda justicia, se levantaron a partir de la resolución de 1917 contra el empleo del verbo “adquirir”, el 431-15 dice que el superviviente *devengará titular único*. Esto está en consonancia con la redacción contenida por el derogado artículo 44 del Código de Familia, y entre ambos ponen de manifiesto la evidente voluntad del legislador de evitar el empleo de un verbo que denota inmediatez y onerosidad, o al menos su intención de ser como poco ambiguo. Si hubiera querido acentuar la onerosidad del negocio, sólo habría tenido que acudir a dicho verbo

Subjetivamente, el artículo 431-2 contempla entre los sujetos otorgantes a los cónyuges y las parejas estables de hecho, junto con los

parientes en diverso grado; el 231-15, en este sentido, actuaría restringiendo a los sujetos legitimados para otorgar el pacto, pero tal restricción no contravendría el citado 431-2, sino que simplemente efectuaría una limitación subjetiva de conformidad con la especial naturaleza y finalidad del pacto de supervivencia. La capacidad requerida por el 431-4 (mayoría de edad y plena capacidad de obrar), es la misma que se puede exigir a los otorgantes del pacto de supervivencia.

Desde el punto de vista objetivo, nada obsta a que podamos considerar la parte correspondiente del causante como uno de los bienes a que hace referencia el 451-5 letra a, esto es, aquellos que componen la herencia del causante. En consecuencia, su valor será el que tenga dicho bien *a fecha de fallecimiento*.

El aspecto quizá más conflictivo recaiga sobre el elemento formal, pues los pactos sucesorios requieren de *escritura pública* para su validez, requisito no contemplado por las normas del pacto de supervivencia. Pero si consideramos al pacto de supervivencia como una modalidad más de pacto sucesorio, dado que es una norma genérica de aplicación obligada a todos los supuestos de sucesión contractual, podríamos justificar su aplicación sin mayor problema, pues lo cierto es que nada en su articulado contradice de forma expresa este requisito; es más, podría incluso considerarse redundante el incidir en la necesidad de escritura pública, cuando ya se ha establecido de forma imperativa y genérica.

Podemos ir más lejos aún, y señalar que, frente a la anterior regulación, en la actual el artículo 431-7 no requiere que esa forma pública sea la de capitulaciones matrimoniales, y de un modo muy significativo precisa que la escritura de pacto sucesorio *puede contener también estipulaciones no sucesorias*, siempre que no sean de disposiciones de última voluntad. Es decir: pueden coexistir perfectamente en una misma escritura pública un contrato de compraventa y un pacto sucesorio, sea del tipo que sea.

La publicidad también puede dar lugar a nuevas consideraciones,

pues mientras que desde el punto de vista del derecho registral inmobiliario ni existe, ni ha existido, impedimento alguno para que los pactos de supervivencia se inscriban, según contempla el 431-8.2, el primer párrafo de dicho artículo sí impone la obligación de hacerlos constar en el Registro de Actos de Última Voluntad. Ahora bien, tal exigencia, lejos de suponer un obstáculo, a mi modo de ver favorecería enormemente en la práctica a aquellos sujetos vinculados por el pacto de supervivencia, dadas las evidentes implicaciones sucesorias que entraña.

En cuanto a la nulidad de los pactos sucesorios, la rotunda prescripción del artículo 431-9.1, según la cual *son nulos los pactos sucesorios que no corresponden a ninguno de los tipos establecidos por el presente Código*, no parece que resulte en modo alguno conflictiva. Y no lo parece porque, de nuevo, podemos llamar la atención sobre la sugerente sutilidad del legislador catalán, quien, en lugar de indicar que serán nulos los pactos que no se correspondan con los tipos del Capítulo I del Título III del Libro IV, acotando al máximo su variabilidad, extiende la validez de los mismos a todos aquellos contenidos no sólo en el Libro dedicado al Derecho de Sucesiones, sino a lo largo de todo Código<sup>691</sup>. Con ello, no cabe duda de que tácitamente está reconociendo la posible existencia, y validez, de otros pactos sucesorios regulados más allá de dicho Capítulo, como bien podría ser el pacto de supervivencia.

El resto de las normas contenidas, o bien parecen de más que adecuado empleo en la órbita del pacto de supervivencia, tales como la nulidad de aquellos pactos otorgados por personas no legitimadas, sin observar los requisitos legales de capacidad y de forma, y los otorgados con engaño, violencia o intimidación grave; o bien inciden sobre cuestiones que el articulado dedicado al pacto de supervivencia resuelve

---

<sup>691</sup> De igual opinión es SERRANO DE NICOLAS, A., "Los pactos de atribución particular: entre la *sucesión anticipada* y su complementariedad con las disposiciones de última voluntad", *Cuestiones de Derecho sucesorio catalán*, dirigido por ARNAU RAVENTOS, L. y ZAHINO RUIZ, M.L., Marcial Pons, Madrid, 2015, pag. 219. Precisa no obstante el autor que los mismos deberían respetar la estructura de los tipos reconocidos para los heredamientos (artículos 431-19 a 431-21).

de modo idéntico, tales como la resolución de mutuo acuerdo<sup>692</sup>.

En definitiva, mi conclusión es que, tras todo lo dicho, se hace evidente concluir que el legislador, al modificar de un modo significativo tanto la regulación de la sucesión contractual como de las adquisiciones onerosas con pacto de supervivencia, en lugar de zanjar la polémica existente entre ambas instituciones y definir de un modo claro la naturaleza onerosa del pacto de supervivencia, ha tendido sutiles y no tan sutiles puentes que hermanan, de un modo más evidente y firme que nunca, ambas instituciones. No se afirma con rotundidad que el pacto de supervivencia sea una modalidad de pacto sucesorio, pero se ha hecho todo lo posible para que facilitar que, normativamente al menos, tal aserto sea coherente y tenga fundamento legal.

Lo que se sigue de todo esto es, desde un punto de vista práctico, que una vez se ha producido el fallecimiento de uno de los adquirentes, la parte del bien objeto de la adquisición con pacto de sobrevivencia será llevada al haber hereditario. Tras comprobarse que dicha atribución no sea inoficiosa, el cónyuge sobreviviente podrá hacer suya la mitad del bien en virtud del pacto sucesorio contenido en la compraventa, que será o no imputado a la cuarta viual.

En consecuencia, nos parece que el modo más sencillo de hacer constar la adquisición de la totalidad del bien por el cónyuge superviviente será en la propia escritura de herencia, donde quedará inventariada, dándole valor a fecha de fallecimiento, y quedando sujeta la transmisión al Impuesto de Sucesiones; algo que, al saber de quien suscribe este trabajo, es práctica empleada en las escrituras de herencia autorizadas en Cataluña<sup>693</sup> en la actualidad, y que atiende al

---

<sup>692</sup> En relación con las cuestiones referidas a los supuestos de revocación y resolución, me refiero a ellas de forma extensa en el capítulo siguiente, por lo que evito aquí innecesarias reiteraciones.

<sup>693</sup> Sin entrar en detalles en cuanto al notario autorizante y los otorgantes del instrumento público, hace no mucho recibí en la Notaría donde actualmente trabajo una escritura de herencia autorizada el año 2013 por un notario ejerciente en Cataluña, en la cual se inventario como un bien más del haber hereditario la mitad indivisa de una finca adquirida con pacto de supervivencia; esto es, su consideración fue la de un bien más a recibir por el, en este caso, único heredero y esposo.

criterio expresado en su día por QUINTANA PETRUS<sup>694</sup>.

Posteriormente, al presentar la escritura de herencia en el Registro de la Propiedad, cuando de bienes inmuebles se trate (es decir, la práctica totalidad de las veces), el Registrador podrá comprobar que, al haberse producido de forma efectiva el fallecimiento, la adquisición no contradice la anotación que se efectuó al otorgarse la compraventa, y procederá inscribir a nombre del cónyuge el pleno dominio de la totalidad de la finca.

#### **4. Breve referencia al aspecto fiscal**

Sin ser la finalidad de este trabajo exceder los límites civiles de la institución que nos ocupa y efectuar un pormenorizado estudio de su trascendencia fiscal, sí considero relevante trazar, aunque sea de forma breve e imprecisa, un sencillo bosquejo de la repercusión, o, mejor dicho, posible repercusión fiscal del pacto de supervivencia, pues va a repercutir en la funcionalidad de la institución.

Desde este punto de vista, dos son los momentos que adquieren relevancia: En primer lugar, tenemos la celebración de la venta. Pocas dudas caben acerca de este hecho: el otorgamiento del contrato supone una transmisión patrimonial onerosa, y como tal deberá sujetarse a los tipos propios del Impuesto de Transmisiones Patrimoniales, o bien del Impuesto sobre el Valor añadido y el de Actos Jurídicos Documentados, según corresponda.

Dada la diversidad de negocios permitidos a partir de la reforma del Código Civil de Cataluña, ya no debe pensarse que únicamente sea de aplicación el tipo establecido para las compraventas, aunque sea lo más usual, sino que también puede proceder la aplicación de otros supuestos. Así, junto a la clásica compraventa podemos reconocer la permuta o la dación en pago de deuda, sólo por citar algunos

---

<sup>694</sup> QUINTANA PETRUS, J.M., *op. cit.*, pag. 915 : “En el supuesto de ser el cónyuge sobreviviente heredero o legatario del premuerto, la mitad adquirida por el pacto de supervivencia deberá acumularse a los bienes heredados o legados, ya que todo ello participa, a efectos fiscales, de la misma naturaleza *mortis causa*, de los bienes hereditarios”.

supuestos, como negocios válidos en que encuadrar el pacto, cada uno de ellos sujetos a su propio régimen fiscal.

En este punto, no hay duda de que se tributará de forma conjunta por los dos adquirentes, matrimonio o pareja de hecho, por la totalidad de la cosa adquirida.

El segundo momento, en cambio, sí es más problemático. Ya desde sus orígenes, MARTIN RETORTILLO<sup>695</sup> advertía de forma pionera de lo particular y complejo del régimen fiscal aplicable, revelando la práctica entonces habitual de liquidar en un primer momento la transmisión efectuada a favor de los cónyuges como una compraventa pura, para más adelante, una vez confirmado el deceso de uno de los adquirentes, aplicar a la mitad indivisa correspondiente a este, y que recibía su cónyuge, el Impuesto de Donaciones. Esta solución, pese a que fue merecedora de un cierto reproche por MARTIN RETORTILLO, quien afirmó que “en buenos principios, no puede calificarse de donación el pacto de sobrevivencia”<sup>696</sup>, también recibió una moderada alabanza, pues tras recordar las conclusiones de la Dirección General de Registros en la famosa resolución de mayo de 1917, consideró que tras “el examen de las circunstancias y fines que caracterizan a la institución, encaminada en la generalidad de los casos a favorecer al cónyuge poniendo lo salvo de toda discusión de los herederos, demuestra el acierto con que vienen procediendo los liquidadores al apreciar que existe una donación entre cónyuges”<sup>697</sup>.

Esta forma de efectuar la liquidación también fue reconocida por VALLET, quien reveló que era “práctica, uniforme y unánime, en las oficinas liquidadoras de Derechos Reales, el girar, amén de la liquidación normal de la compraventa por el valor total de la misma, otra liquidación al fallecer el premoriente de los adquirentes, a cargo del que sobreviva por adquisición a título lucrativo”<sup>698</sup>. Sin embargo, el reproche de VALLET a tal sistema fue más teórico que práctico, como él

---

<sup>695</sup> El trabajo que citamos de MARTIN RETORTILLO es del año 1945.

<sup>696</sup> MARTIN RETORTILLO, C., *op. cit.*, pag.439.

<sup>697</sup> *Ibidem*.

<sup>698</sup> VALLET DE GOYTISOLO, J.B., “La compraventa por...”, *op. cit.*, pag. 726.



mismo reconoció, pues tras defender que desde un punto de vista doctrinal sería más acertado que cada uno de los cónyuges liquidara primero sobre la mitad indivisa adquirida de forma onerosa, y, tras el fallecimiento de uno de ellos, que devolviera a los herederos del fallecido lo correspondiente a la nuda propiedad de su mitad, y que él liquidara por la plena propiedad de dicha mitad, reconoció, no obstante, que en la práctica era acertado el proceder de las oficinas liquidadoras de aplicar el impuesto propio de las donaciones, pues aunque atendía al criterio más favorable para la Hacienda, lo cierto era, a su juicio, que la compra con pacto de supervivencia suponía las más de las veces, en la vida real, una donación simulada<sup>699</sup>.

Más adelante, sin embargo, VALLET volvió sobre el tema, afirmando entonces que le parecía incorrecta la forma en que este negocio estaba siendo tratado en las Oficinas Liquidadoras al sobrevenir la supervivencia de uno de los cónyuges, pues se liquidaba sobre la mitad del valor a fecha del fallecimiento, mientras que él creía que el momento de tomar el valor debía ser el de la adquisición; esto es, el precio de compra. O bien considerar que se adquirió un usufructo conjunto para ambos, de modo que el supérstite solo tributara por el aumento de valor experimentado por una mitad de la nuda propiedad, junto con la cancelación del usufructo del premuerto.

Como se puede ver, son dos conclusiones radicalmente distintas entre sí; y, en el caso de la segunda, incluso falta de cualquier respaldo legal o contractual en aquel momento, previo a la Compilación, pues en ningún contrato se señalaba (ni se señala) que nadie adquiriera un usufructo, y no era, ni es, labor del Liquidador interpretar contratos más allá de lo que dicen para ajustar el pago a conceptos que no resultan del negocio a liquidar.

Desde entonces, se ha aportado soluciones de muy diversa índole: QUINTANA PETRUS opinó que la adquisición efectuada por uno de los cónyuges tras el fallecimiento del otro implicaba fiscalmente dos cosas: “a) una adquisición a título gratuito, ya que por ella no se paga precio

---

<sup>699</sup> *Ibidem*.

alguno, y b) una adquisición por causa de muerte; todo lo cual determinará la producción de un hecho imponible sujeto al Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones”<sup>700</sup> de conformidad con la Ley vigente.

Igualmente opinó QUINTANA que, según su propia experiencia y los criterios fiscales dominantes, el valor que habría que dar a la participación indivisa de finca adquirida debería ser el que esta tuviera a fecha de fallecimiento, esto es, su valor en el momento de producirse el hecho imponible<sup>701</sup>.

Con espíritu mucho más crítico, pero idéntico contenido, CABRERA HERNANDEZ achacó a la “nefasta” redacción de la Compilación que la “cuota” del premuerto tributara “como herencia a favor del supérstite por el valor de la mitad que se presupone corresponde al premuerto”<sup>702</sup>.

Mucho más innovadora parece la opinión de MEZQUITA DEL CACHO, quien, con un encomiable espíritu renovador, rechaza la sujeción de la adquisición por el superviviente al Impuesto de Donaciones y Sucesiones, por faltar en la misma el “presupuesto-base general de la gratuidad”<sup>703</sup>, al tratarse de una adquisición onerosa, y no lucrativa; es más, a continuación precisa la improcedencia de una segunda liquidación por el Impuesto de Sucesiones, tras producirse el fallecimiento de uno de los otorgantes, por la misma naturaleza de la institución, ya que la misma “ni es de contrato traslativo, ni de contrato sucesorio, ni de donación; sino que se trata de una figura contractual-familiar, a modo de un capítulo matrimonial a escala menor, singular y puntual”<sup>704</sup>.

MEZQUITA DEL CACHO establece una situación de analogía entre la adquisición efectuada a favor del cónyuge superviviente por el pacto de supervivencia y la que se produce en el momento de liquidar el régimen de gananciales y participación, o el de comunidad universal, analogía que le lleva a concluir que “si esa serie de actos no están

---

<sup>700</sup> QUINTANA PETRUS, J.M., *op. cit.*, pag. 915.

<sup>701</sup> *Ibidem*.

<sup>702</sup> CABRERA HERNANDEZ, J.M., *op. cit.*, pag. 601.

<sup>703</sup> MEZQUITA DEL CACHO, J.L., *op. cit.*, pag. 904.

<sup>704</sup> *Ibidem*.

sujetos a impuesto por cuanto se trata de actos patrimoniales constitutivos, modificativos o liquidatorios de un régimen económico-patrimonial, tampoco debe estarlo la efectividad del pacto de sobrevivencia al premorir un cónyuge, porque ese pacto no ha sido otra cosa que un acto singular modificativo del régimen de separación de bienes que, dentro de un sistema general de absoluta libertad de pactos sobre regímenes económico-conyugales, (...) por su carácter familiar está expresamente admitido por la Ley”<sup>705</sup>.

En definitiva, lo hasta aquí expuesto evidencia el carácter problemático y confuso que envuelve a la segunda fase liquidadora del pacto de supervivencia, que se erige como verdadera fuente de problemas, tanto civiles como fiscales, a la hora de justificar cómo se produce el tránsito patrimonial del bien adquirido al pleno dominio del superviviente; esto es, bajo qué forma jurídica: ¿Qué tipo de transmisión se produce, y a qué tipo de impuesto queda sujeta? ¿Estamos ante un pacto sucesorio, por lo que deberíamos acudir al Impuesto de Sucesiones? ¿Se trata de una modalidad de donación, de modo que sería este Impuesto al que habría que atender? ¿Estamos frente a una modalidad de extinción de condominio, y como tal deberíamos aplicar el Impuesto de Actos Jurídicos Documentados? ¿O bien se trata de una nueva transmisión onerosa, y como tal debe volverse de nuevo al Impuesto de Transmisiones Patrimoniales? ¿O nos enfrentamos a una situación análoga a la liquidación de los regímenes económico-conyugales?

En la actualidad, no obstante la citada problemática doctrinal, parece que el criterio fiscal se ha mantenido firme, al menos desde el citado trabajo de QUINTANA PETRUS, según pone de manifiesto lo dictaminado por la Dirección General de Tributos en consulta vinculante de fecha 16 de enero de 2009:

---

<sup>705</sup> *Ibid.*, pags. 904 y 905. Hay que tener en cuenta que el texto citado es anterior a la entrada en vigor del Libro II del Código Civil de Cataluña.

*En el pacto de supervivencia la adquisición por el cónyuge supérstite se produce con la muerte del otro cónyuge con lo cual nos encontramos ante el hecho imponible que establece el artículo 3.1 de la Ley 29/1987, del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones, de 18 de diciembre (BOE de 19 de diciembre) que establece que:*

*1. constituye el hecho imponible:*

*a) La adquisición de bienes y derechos por herencia, legado o cualquier otro título sucesorio.*

*Por lo tanto el cónyuge supérstite tributará en el Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones por la adquisición de la mitad del inmueble.*

Se continúa en este sentido con la línea abierta por el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña en la sentencia de 20 de octubre de 1995, de la que resulta conforme a derecho la calificación de la adquisición generada por el pacto de supervivencia tras el fallecimiento de uno de los cónyuges como transmisión *mortis causa*, quedando en consecuencia sujeta al Impuesto de Sucesiones.

La solución fiscal, pues, sigue siendo considerar la adquisición como un supuesto propio del ámbito sucesorio, es decir, de naturaleza *mortis causa*<sup>706</sup>. Y aunque ya sabemos que la calificación fiscal no tiene por qué coincidir con la civil, no deja de ser significativo, desde un punto de vista jurídico, el hecho de que esta rama del Derecho considere sin ambages dicha naturaleza. Especialmente relevante resulta, a los efectos de lo hasta aquí expuesto, la afirmación de que *la adquisición por el cónyuge supérstite se produce con la muerte del otro cónyuge*; esto es: a efectos fiscales no se considera que se adquiera el derecho en el momento de celebrar la venta, sino que se hace coincidir la transmisión del derecho con el óbito del primer adquirente.

---

<sup>706</sup> NUÑEZ IGLESIAS, A., *op. cit.*, pag. 5441. Situación muy semejante es la que produce en Francia con la *tontine*. Pese a que esta se configura como un negocio oneroso y aleatorio, desde el punto de vista fiscal también se le atribuye carácter gratuito, y se interpreta que cada *tontinier* es propietario de una cuota que transmite al otro en el momento de su fallecimiento, quedando obligado el superviviente liquidar el impuesto de donaciones correspondiente (salvo que el bien afectado por la tontina sea la vivienda habitual y común de ambos, y tenga un valor inferior a quinientos mil francos).

La necesidad de saber qué tipo impositivo será el aplicable resulta especialmente relevante desde un punto de vista práctico, a la hora de aconsejar o incluir el pacto en cualquier transmisión, pues sin duda una de las cuestiones que más inquietan siempre a los celebrantes de cualquier contrato o negocio es la de la repercusión fiscal de los mismos. Resulta difícilmente imaginable que alguien se decida a optar, en el momento de celebrar un contrato de adquisición patrimonial, por introducir en el mismo una institución jurídica no sólo poco conocida, sino de contornos fiscales y repercusión hereditaria inciertos.

La realidad es que la solución fiscal no sólo es la más lógica, sino la que más se ajusta al contenido del párrafo 231-15.3, y la que mayor seguridad transmite. La exigencia de computar la parte del premuerto para el cálculo de la legítima nos introduciría en la extraña tesitura de ver como una transmisión onerosa podría verse reducida por ser inoficiosa al perjudicar las legítimas. Y la solución propuesta por MEZQUITA DEL CACHO, pese a lo sugerente y beneficiosa que resulta, parece difícilmente aplicable por el mismo supuesto; a lo que hay que añadir que la propia Ley señala como sujetos titulares del pacto no sólo a los matrimonios, sino también a las parejas de hecho, de modo que la equivalencia con la liquidación de los regímenes económicos matrimoniales se antoja excesiva.

Como vemos, un galimatías de difícil solución, que sin embargo, desaparece al reconocer al pacto de supervivencia la naturaleza de un pacto sucesorio. En este caso, el cónyuge o conviviente supérstite saben que su derecho debe computarse en su día, y que la parte de su cónyuge será considerada como un hecho sucesorio desde el punto de vista fiscal. Hay coherencia interna desde el punto vista civil-fiscal, y esto no puede sino repercutir en una mayor seguridad jurídica, lo que beneficiaría a la institución tanto desde un punto de vista práctico como teórico.

## **CAPÍTULO QUINTO**

### **CAUSAS DE INEFICACIA Y EXTINCION.**

### **EMBARGO Y CONCURSO**

#### **I. Causas de ineficacia y extinción**

El Código Civil de Cataluña emplea los términos *ineficacia* y *extinción* para referirse a aquellas situaciones de las que se deriva, como principal consecuencia, la falta de efecto del pacto de supervivencia. Salvo en la situación de renuncia, de la que nos ocuparemos más tarde, el texto legal emplea el término *ineficaz* únicamente en relación con los heredamientos, mientras que al resto de situaciones que sanciona las agrupa bajo el denominador común de *extinción*.

Por *ineficacia*, siguiendo a la doctrina más autorizada, debemos entender, de modo genérico, la carencia de efectos jurídicos, o bien de aquellos efectos que corresponden al contrato celebrado<sup>707</sup>.

Resulta interesante en este sentido destacar que el legislador catalán, en el supuesto de concurrencia del pacto de supervivencia con un heredamiento previo, hable de “ineficacia”, y no de “invalidez”.

Si la invalidez supone “la negación de la fuerza vinculante del contrato por ser contraria a Derecho”<sup>708</sup>, la ineficacia conlleva precisamente la validez de esa fuerza vinculante entre las partes, si bien desprovista del fin perseguido. Es decir, mientras la ineficacia se deriva de un vínculo jurídico existente, que o bien no produce los efectos perseguidos, o bien genera otros no deseados, la invalidez implica la

---

<sup>707</sup> DELGADO ECHEVERRIA, J, “Artículos 1300 a 1314 del Código Civil”, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Edersa, Madrid, 1981, pag. 277. En concreto: “Todo contrato se dirige a la producción de unos efectos y, de ordinario, los produce realmente acordes con la voluntad de los contratantes. En caso contrario, calificamos al contrato de ineficaz. Es, por tanto, *ineficaz* el contrato que no surte ningún efecto, o no surte los efectos que corresponden a su contenido”. También LACRUZ BERDEJO, J.L., RIVERO HERNANDEZ, F., y otros, *Elementos de Derecho Civil*, Tomo II, Vol. Primero, *op. cit.*, pag. 531: “el contrato que no surte ningún efecto, o no surte los efectos que corresponden a su contenido”

<sup>708</sup> DELGADO ECHEVERRIA, J, “Artículos 1300 a 1314 del Código Civil”, *op. Cit.*, pag. 277.

negación misma de ese vínculo, y, en consecuencia, la supresión de los efectos perseguidos. De ahí la afirmación de que todo contrato inválido es ineficaz, pero no todo contrario ineficaz es inválido, que es lo que aquí nos interesa<sup>709</sup>.

Es decir: la ineficacia tiene lugar en el seno de un negocio válidamente constituido, pero que, por la concurrencia de determinados requisitos, carece de la facultad de producir los efectos perseguidos desde el inicio; por contra, la invalidez aparece como un vicio original del negocio, que excluye por ello la producción correcta de los efectos buscados.

En cuanto a la *extinción*, concepto por el que el legislador catalán ha sustituido al término anteriormente empleado en el Código de Familia “*ineficacia*”, podemos entender el fin de la relación obligatoria constituida, de tal modo que puede predicarse tanto del cumplimiento de la obligación, que es lo más habitual, como de la imposibilidad de darle satisfacción<sup>710</sup>.

En definitiva, la ineficacia del negocio jurídico aparece como la falta de producción de efectos por darse alguna circunstancia que impide la consecución del mismo, mientras que la extinción se configura como el término de la relación jurídica, dándose el fin perseguido o no llegando este a producirse, que es la situación que interesa al Código Civil de Cataluña.

La regulación legal de las causas de ineficacia y extinción, en relación con las compraventas con pacto de supervivencia, ha experimentado una evolución notable, siendo objeto a lo largo del tiempo de una sorprendente pléyade de adendas y modificaciones. Asombra descubrir, al echar la vista atrás, como, en contraste con la

---

<sup>709</sup> *Ibid.*, pags. 277 y 278. Profundizando en este materia, LACRUZ-RIVERO inciden de forma precisa apuntando que la ineficacia, en sentido estricto, tiene lugar únicamente cuando la privación de efectos del negocio no se deriva de un defecto estructural del mismo, o de la infracción de normas imperativas, ya que estos supuestos conducen necesariamente a la invalidez En: LACRUZ BERDEJO, J.L., RIVERO HERNANDEZ, F., y otros, *Elementos de Derecho Civil*, Tomo II, Vol. Primero, *op. cit.*, pags. 532 y 533.

<sup>710</sup> CASTAN TOBEÑAS, J., *Derecho Civil Español, Común y Foral*, Tomo Tercero, *op. cit.*, pag. 288.

actual regulación, en la Compilación de Derecho Civil Catalán únicamente aparecía en este sentido la noción de *renuncia*, considerada en dos supuestos distintos: la acordada de forma conjunta por ambos cónyuges en vida<sup>711</sup>, y la efectuada por el sobreviviente tras la premoriencia de su consorte. También se incluyó entonces la incompatibilidad del pacto de supervivencia con dos modalidades de heredamiento, siempre y cuando se hubieran otorgado de forma previa: el efectuado a favor de los cónyuges, y el heredamiento puro.

Es decir: la Compilación no consagró un artículo *ex profeso* para regular las causas de ineficacia y extinción; es más: simplemente recogió los dos supuestos que creyó más relevantes en cuanto a su incompatibilidad o modo de poner fin al pacto de supervivencia, de modo que este no pudiera producir sus efectos.

La primera reforma tuvo lugar en 1984, sin duda orientada por los importantes cambios legislativos acaecidos a raíz de la reforma del Código Civil de 1981, mediante la cual se incluyó un párrafo que reconoció las situaciones de crisis matrimonial como causa de ineficacia.

El cambio más significativo en relación con la materia que nos ocupa, sin embargo, aconteció con la reforma emprendida por la Ley de 1993, ya que tras la misma, y por primera vez, se destinó un artículo en exclusiva a la regulación de las causas de ineficacia del pacto, el artículo 25, cuyo contenido es muy semejante al artículo 46 del Código de Familia, y al actual 231-18 del Código Civil Catalán, al recoger, como causas de la ineficacia del pacto: el acuerdo entre los cónyuges; la renuncia; el heredamiento; la nulidad del matrimonio, la separación judicial y el divorcio; y el embargo.

Como consecuencia general de estas situaciones, se estableció la cotitularidad de los cónyuges en *pro indiviso* ordinario, o bien del cónyuge sobreviviente con los herederos del premuerto, algo que ya

---

<sup>711</sup> Por lo que no se trata, en propiedad, de una verdadera renuncia, sino de un convenio extintivo. “La renuncia tiene carácter dispositivo, unilateral y no recepticio”, en: CABANILLAS SANCHEZ, A., “Comentarios al artículo 6, apartado 2, del Código Civil”, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Edersa, Madrid, 1992, pag. 743.



adelantó la reforma de 1984, aunque únicamente en relación con los cónyuges separados judicialmente o divorciados, y entre aquellos cuyo matrimonio hubiera sido declarado nulo.

Siguiendo la línea marcada por la citada reforma, tan sólo cinco años antes, el artículo 46 del Código de Familia de 1998 recogió todas estas sucesivas aportaciones, si bien introduciendo algunos cambios:

- La incompatibilidad con el heredamiento pasó a ocupar un artículo propio, el 45, siendo la única causa de ineficacia reconocida como tal.

- El artículo 46, heredero del anterior artículo 25, paso a denominarse “causas de extinción”, y el mismo se incluyeron las consabidas de acuerdo, renuncia del sobreviviente, declaración de nulidad del matrimonio, la separación judicial, el divorcio o la separación de hecho acreditada fehacientemente; y la adjudicación de la mitad del bien como consecuencia del embargo

- Según se ha adelantado, tanto a la causa de ineficacia como a las de extinción se les aparejó como consecuencia imperativa, salvo estipulación en contrario, la cotitularidad de los cónyuges, o del cónyuge sobreviviente y de los herederos del premuerto, o bien del cónyuge no deudor y del adjudicatario de la mitad del cónyuge deudor, en pro indiviso ordinario.

Finalmente, la actual regulación presenta una serie de particularidades en relación con la recogida en el Código de Familia de 1998:

- El artículo 231-16, siguiendo la línea establecida por el Código de Familia, destina un artículo en exclusiva a consignar la ineficacia del pacto de superviviente de haberse otorgado con anterioridad por uno de los otorgantes un heredamiento universal que sea eficaz en el momento de morir el heredante.

- El artículo 231-18 recoge las causas de extinción en su párrafo 1, y consagra entre las mismas:

- Acuerdo de ambos cónyuges durante el matrimonio.
- Declaración de nulidad del matrimonio, separación judicial o de

hecho, o divorcio.

- Adjudicación a un tercero de la mitad del bien como consecuencia del embargo o de un procedimiento concursal.

- El párrafo 2 del artículo 231-18, sin apartarse de la línea anterior, establece como consecuencia derivada de la ineficacia y extinción del pacto de supervivencia cotitularidad, en comunidad indivisa ordinaria, de los cónyuges, o del cónyuge superviviente y de los herederos del premuerto, o bien del cónyuge no deudor y del adjudicatario de la mitad del cónyuge deudor.

- El cambio sin duda más significativo es que la renuncia ha pasado de estar incluida entre las causas de extinción, y ha pasado a formar parte del artículo 231-15. En su párrafo 3, leemos: *En caso de renuncia, se entiende que el renunciante no ha adquirido nunca la participación del premuerto.*

Dado que, por su especial problemática, estudiaremos el embargo en último lugar, por las especialidades que plantea, centraré primero el presente estudio en las restantes causas de ineficacia y extinción.

## **1. El heredamiento**

### **1.1. Evolución legislativa del heredamiento como causa de ineficacia del pacto de supervivencia**

La única causa de ineficacia que actualmente aparece designada como tal en el Código Civil de Cataluña es el *heredamiento universal*, a cuya regulación destina el artículo 231-16. Dado que, previamente, he adelantado el estudio de esta figura<sup>712</sup>, abordaré ahora dicha institución exclusivamente desde la óptica de su incompatibilidad con el pacto de supervivencia.

La ineficacia del pacto de supervivencia tras el otorgamiento de un heredamiento aparece en los orígenes legislativos de la institución.

---

<sup>712</sup> Vid. *Supra*, Capítulo Cuarto, apartado I, subapartado 4.3.

En el Proyecto de la Compilación de 1959, ya se precisó que el pacto de supervivencia no podía estipularse cuando los cónyuges hubieran otorgado heredamiento puro a favor de sus hijos. Posteriormente, la Compilación de Derecho Civil Especial de Cataluña, en su artículo 61, precisó que el pacto de supervivencia no podría estipularse cuando los cónyuges hubieran otorgado previamente un heredamiento a favor de los contrayentes, o un heredamiento puro a favor de sus hijos nacedores.

En consecuencia, lo que se estableció entonces no era la incompatibilidad general de todo heredamiento, sino únicamente la incompatibilidad con dos tipos de heredamiento concretos: el heredamiento a favor de terceros contrayentes y el heredamiento puro a favor de los hijos. BALLESTEROS ALONSO, en el detallado estudio que efectuó en 1988 sobre esta institución, y que versaba casi en exclusiva sobre la relación del pacto de supervivencia con los heredamientos, se preocupó de precisar esta circunstancia, haciendo hincapié en que, de entre los diferentes modelos de heredamientos existentes, sólo los dos citados resultaban incompatibles con el pacto de supervivencia. Y precisó dicho autor que los mismos tenían la característica común de efectuarse a favor de personas diferentes a los propios cónyuges, concluyendo que *“no todos los heredamientos a favor de los contrayentes ni todos los heredamientos a favor de los hijos de los contrayentes impiden el pacto de supervivencia”*<sup>713</sup>.

La reforma de 1984 no supuso alteración alguna en esta materia, pero sí la de 1993, que modificó tanto el orden como la redacción de esta causa de ineficacia. En efecto, la incompatibilidad con determinados heredamientos pasó a integrarse en el artículo destinado a las causas de ineficacia del pacto, el 25, en el cual se precisó que el heredamiento a favor de los contrayentes resultaba incompatible si se efectuaba a favor de *terceros contrayentes*, y se introdujo el requisito de que para determinarse la ineficacia del pacto dichos heredamientos debían ser eficaces al morir el otorgante.

---

<sup>713</sup> BALLESTEROS ALONSO, M., *op. cit.*, pag. 456.

Con la promulgación del Código de Familia, se produce un nuevo cambio en la sistemática de la regulación de los pactos de supervivencia, y la incompatibilidad con el heredamiento se consigna en un artículo único, el 45, recogiendo el 46 las causas de extinción, entre las cuales no se encontraba.

Pese a dicho cambio de ubicación, el contenido era el mismo que en su día efectuó la reforma de 1993, de modo que se determinaba la ineficacia del pacto de supervivencia si uno de los cónyuges adquirentes hubiera otorgado un heredamiento a favor de terceros contrayentes o un heredamiento puro a favor de sus hijos, y el heredamiento resultare eficaz al morir el heredante.

Finalmente, con la entrada en vigor del Libro II del Código Civil de Cataluña, tras la anterior del Libro IV, nos encontramos con un nuevo cambio. En esta ocasión, se mantiene la unidad del artículo destinado a la incompatibilidad como causa única de ineficacia, en esta ocasión el 231-16, cuyo contenido queda del siguiente modo:

*El pacto de supervivencia deviene ineficaz si uno de los cónyuges adquirentes ha otorgado con anterioridad un heredamiento universal y este es eficaz al morir el heredante.*

La única e importante diferencia respecto de la anterior regulación, contenida en el Código de Familia, estriba en que este recogía los dos tipos de heredamientos consagrados desde la Compilación, mientras que en la actualidad se ha reducido dicha incompatibilidad a los denominados heredamientos universales<sup>714</sup>.

Tal modificación, realmente, obedece más a la importante innovación efectuada en materia de sucesión contractual por el Libro IV, y más concretamente en la materia de los heredamientos, que a cualquier otra causa.

---

<sup>714</sup> En realidad, el legislador debería haber hecho referencia a los “heredamientos simples”, y no “universales”, que es como se denominan en el Código Civil Catalán aquellos que incluyen la institución de heredero universal, ya que, según el artículo 431-19.1, *el heredamiento es simple si solo atribuye a la persona instituida la calidad de heredera del heredante.*

La regulación del Código de Familia, lógicamente, partía de las normas sobre heredamientos contenidas en el entonces vigente Código de Sucesiones de 1991. En este, se distinguían tres categorías diferentes de heredamientos: el heredamiento a favor de los contrayentes, que incluía el heredamiento simple o de herencia, los heredamientos cumulativos y los mixtos (artículos 71 a 89); los heredamientos a favor de los hijos de los contrayentes (artículos 90 a 98); y los heredamientos mutuales (artículos 99 y 100).

Actualmente, sin embargo, los heredamientos están regulados en el Libro IV del Código Civil de Cataluña (artículos 431-18 a 431-18), que derogó al antiguo Código de Sucesiones. Al afrontar el nuevo texto legal, el legislador catalán optó no sólo por reducir notablemente el número de artículos dedicados a los heredamientos, sino también la clasificación de los mismos, en aras de una mayor sencillez y utilidad. En consecuencia, ahora simplemente encontramos cuatro tipos de heredamientos: simple, cumulativo, mutual y preventivo. Y en ninguno de ellos hallamos referencia alguna a la necesidad de que exista un vínculo conyugal o filial.

Consecuencia de todo esto, pues, es la redacción del actual artículo 231-16. Dado que el artículo 431-18 define el heredamiento como un pacto sucesorio de institución de heredero, mediante el cual se confiere a la persona o personas instituidas la calidad de sucesoras universales del heredante, según hemos estudiado, podemos entender fácilmente que la incompatibilidad respecto al “heredamiento universal” lo que en realidad hace es recalcar la incompatibilidad del pacto de supervivencia con la institución de heredero, siempre y cuando se haya efectuado de forma previa.

La finalidad de esta limitación estriba en proteger los derechos adquiridos de forma previa por el heredero, y responde a la idea matriz de que el heredante ya ha indicado de forma previa el destino de sus bienes tras su fallecimiento<sup>715</sup>.

---

<sup>715</sup> BALLESTEROS ALONSO, M., *op. cit.*, pag. 456: “La *ratio legis* está clara: (...) los consortes ya han señalado, mediante el heredamiento, cuál es la trayectoria que tras

Ahora bien, si clara es la finalidad perseguida al establecer la incompatibilidad, sin embargo, la naturaleza de la misma debe ser objeto de una especial atención.

### **1.2. Naturaleza de la incompatibilidad del heredamiento con el pacto de supervivencia**

Se ha afirmado que la incompatibilidad del heredamiento con el pacto de supervivencia queda justificada por la preferencia de lo pactado en vía sucesoria sobre lo establecido en el pacto de supervivencia, en cuanto negocio jurídico-familiar de efectos *post mortem*<sup>716</sup>.

Mi punto de vista, sin embargo, varía sensiblemente.

El artículo 431-15, en su párrafo primero, consagra que el heredamiento simple no limita la facultad del heredante para disponer de sus bienes a título oneroso entre vivos; y, en su párrafo tercero, establece que el heredante solo podrá disponer de sus bienes a título gratuito con el consentimiento expreso del heredero, con las excepciones consignadas<sup>717</sup>.

Es decir: los negocios de transmisión patrimonial onerosa no resultan afectados, como regla general, por el heredamiento simple o universal, y pueden otorgarse libremente por el heredante-transmisor; pero los negocios gratuitos necesariamente requieren de consentimiento previo del heredero.

Frente a esta regulación, el artículo 231-16 establece como motivo de ineficacia del pacto de supervivencia la preexistencia de dicha clase de heredamiento. Esto, en principio, parece que debería ser interpretado como una muestra más de la naturaleza gratuita que el

---

su fallecimiento quieren que sigan los bienes que en el futuro adquieran. Y han señalado esa trayectoria en el seno no de un acto unilateral (...). Hay una institución contractual de heredero que tiene carácter irrevocable y que se vería burlada por la vía de hacer salir (o mejor, no entrar) los bienes del caudal relicto a través del pacto de sobrevivencia que se va celebrando a medida que los bienes se van adquiriendo”.

<sup>716</sup> PUJOL CAPILLA, P., *op. cit.*, pag. 73.

<sup>717</sup> Si lo hace con el fin de satisfacer legítimas o en la cuantía superior que se haya fijado en el heredamiento, y para hacer liberalidades de uso.

legislador catalán reconoce a los pactos de supervivencia, toda vez que parecería de un inusitado, e injustificado, rigor el hecho de que una transmisión *onerosa* se viera inutilizada en sus efectos por la existencia previa de un heredamiento.

En consecuencia, la incompatibilidad no sería sino la consecuencia lógica de concurrir dos instituciones sucesorias de naturaleza gratuita, primando lógicamente al heredamiento simple y anterior sobre el pacto sucesorio posterior, dado el alcance de sus efectos.

### **1.3. Consecuencias de la coexistencia entre el heredamiento simple y el pacto de supervivencia**

Cuestión diferente es la posibilidad de que se pueda producir la coexistencia pacífica entre un heredamiento simple y un pacto de supervivencia. Tal situación fue planteada por BALLESTEROS ALONSO, quien extrajo interesantes conclusiones en su estudio, si bien referidos a la regulación contenida en la Compilación<sup>718</sup>.

La Compilación, en su artículo 66, permitía que se excluyeran expresamente bienes del heredamiento. Igualmente el mismo artículo permitía al otorgante que se reservara bienes para testar. En la actualidad, podemos encontrar reflejo de esto en el artículo 431-22.1, que establece:

*El heredante puede reservarse, para disponer libremente en donación, codicilo, memoria testamentaria u otro pacto sucesorio, los bienes, las cantidades de dinero o la parte alícuota de su patrimonio que establezca en el heredamiento.*

Es decir, que existe la posibilidad de que el heredante, al efectuar el heredamiento, establezca de forma expresa tal facultad, señalando aquellos bienes de los que podrá disponer por el título que mejor le

---

<sup>718</sup> BALLESTEROS ALONSO, M., *op. cit.*, pags. 456 a 458.

parezca. Por ello, FARRERO RUA puntualiza que “debe constar tal reserva en el heredamiento. En tal sentido destacar que a los efectos oportunos, la descripción del bien objeto de reserva debe ser completa y suficiente para que sea determinado o determinable”<sup>719</sup>.

No debe extrañar que el artículo 431-22.1 únicamente haga referencia a las disposiciones efectuadas a título gratuito, pues de forma genérica el artículo 431-25 habilita expresamente en el supuesto de heredamiento simple al heredante a disponer de sus bienes a título oneroso *inter vivos*.

En consecuencia: si entendemos el pacto de supervivencia como un negocio de naturaleza gratuita, tal y como defiende en el presente trabajo, podría ser otorgado tras haberse efectuado un heredamiento simple de forma previa, siempre y cuando en el mismo se hubiera reservado el heredante la facultad de disponer del bien objeto del posterior pacto de supervivencia, sea este, según hemos precisado, *un bien determinado o determinable*.

Independientemente de lo dicho, esta precisión *también debería haberse efectuado* si entendemos el pacto de supervivencia como un negocio oneroso. Y esto es así porque, a pesar de la habilitación expresa que contiene el artículo 231-25, no debemos olvidar que el artículo 231-16 determina de forma especial y expresa la incompatibilidad del heredamiento universal o simple con el pacto de supervivencia<sup>720</sup>.

Con parecido criterio, BALLESTEROS ALONSO también señaló la posibilidad de que en el propio heredamiento se hubiera incluido de forma expresa la reserva de la facultad de comprar con pacto de supervivencia, tanto en relación con bienes concretos como de forma genérica. A su juicio, esto sería perfectamente posible, dado que la Compilación no ponía límites a la reserva de la facultad de testar, y a que se contemplaba la alternativa de efectuar un heredamiento sobre una cosa concreta y determinada en su artículo 68<sup>721</sup>. Siendo esto así,

---

<sup>719</sup> FARRERO RUA, A.B., *op. cit.*, pag. 345.

<sup>720</sup> La lógica y la coherencia interna nos llevan a pensar por tal motivo en el pacto como en un negocio sucesorio.

<sup>721</sup> BALLESTEROS ALONSO, M., *op. cit.*, pag. 457.



tampoco parece que hoy en día se debieran poner pegas a esta posibilidad, toda vez que el marco normativo actual ha mantenido la vigencia de dichos preceptos.

Respecto a la validez del heredamiento otorgado en fecha posterior al pacto de supervivencia, y en relación con el mismo, podríamos plantearnos si la permanencia y vigor de este se vería afectada por tal otorgamiento.

La solución a este dilema podría residir en el artículo 431-23.1 del Código Civil de Cataluña, que establece lo siguiente:

*El heredamiento válido revoca el testamento, el codicilo, la memoria testamentaria y la donación por causa de muerte anteriores a su otorgamiento, aunque sean compatibles con el mismo.*

Dado que el citado artículo no se incluyen los pactos de supervivencia, podríamos concluir que tal norma no les afecta, de modo que continuarían con completa vigencia<sup>722</sup>. No parece en modo alguno lógico que un posterior heredamiento pueda deshacer el vínculo establecido de forma conjunta por los otorgantes, que, por otro lado, tienen facultad suficiente para deshacer dicho vínculo obrando de mutuo acuerdo, según veremos más adelante.

Finalmente, y puesto que es requisito necesario para la validez del pacto de supervivencia que no existan heredamientos previos, cabe plantarse el modo en que esto debe quedar debidamente justificado.

Como solución, se ha opinado que, en el propio título de adquisición, los cónyuges compradores manifiesten que no habían otorgado heredamiento alguno<sup>723</sup>. Esto podría efectuarse al final de la

---

<sup>722</sup> BALLETEROS ALONSO, M., *op. cit.*, pags.463 y 464, en relación con la misma cuestión, encontró idéntica solución a partir del artículo 66 de la Compilación, cuyo contenido se ha trasladado de forma casi literal al artículo 431-23.1.

<sup>723</sup> En este sentido, RAMONEDA, R. y ROCHA, X., “Resultado de una encuesta”, *op. cit.*, pag. 9; y ROCA SASTRE, R.M., “Las compras con pacto de sobrevivencia”, *op. cit.*, pag. 478.

escritura de compraventa, o en otro lugar, de estimarse más adecuado, mediante una manifestación del tenor de la siguiente:

“Los cónyuges compradores, a los efectos de lo dispuesto en el artículo 61 de la Compilación de Derecho Civil Especial de Cataluña, manifiestan que no tienen otorgado contrato con heredamiento alguno en contradicción con el pacto de supervivencia convenido en la presente escritura”<sup>724</sup>.

De este modo, tal manifestación iría encaminada a garantizar la validez del pacto de supervivencia, incidiendo positivamente en su inscripción en el Registro de la Propiedad<sup>725</sup>.

No obstante lo dicho, la concurrencia o no de un heredamiento previo con un pacto de supervivencia, dado el efecto derivado de su incompatibilidad, parece cuestión de gran relevancia, especialmente si se pretende su inscripción en el Registro de la Propiedad<sup>726</sup>. Por ello, podemos considerar las siguientes situaciones<sup>727</sup>:

1º. De darse el caso de que existiera un heredamiento previo, los cónyuges otorgantes deberían ponerlo de manifiesto y exhibir el documento que lo contenga ante el notario autorizante y el registrador, de modo que estos puedan calificar la procedencia o improcedencia del pacto de supervivencia.

---

<sup>724</sup> RAMONEDA, R. y ROCHA, X., “Resultado de una encuesta”, *op. cit.*, pag. 9. Debe tenerse en cuenta la fecha del trabajo de estos autores, 1968. En la actualidad, lógicamente la referencia sería al artículo 231-16 del Código Civil de Cataluña.

<sup>725</sup> En este sentido, BALLETEROS ALONSO, M., *op. cit.*, pag. 459. Consideró que la manifestación de ausencia de un heredamiento previo debería ser requisito imprescindible, pero suficiente, para la inscripción del pacto en el Registro de la Propiedad. Sin embargo, a la par reconoció que, en la práctica habitual, los pactos de supervivencia se celebraban e inscribían sin hacer manifestación alguna referente al requisito de la ausencia de heredamientos. Tal circunstancia no fue lamentada excesivamente por el registrador de la propiedad, pues no dudo en afirmar, acto seguido, que la ausencia de tal manifestación tenía pocas consecuencias prácticas, al ser los heredamientos una figura poco menos que olvidada por el tráfico jurídico.

<sup>726</sup> Parece dar por sentado en este sentido BALLESTEROS ALONSO a lo largo de todo su trabajo que la compraventa con pacto de supervivencia necesariamente debe darse en documento público, pues no hace mención a su otorgamiento en documento privado en ningún momento, ni se plantea la coexistencia de un heredamiento previo con una compraventa con pacto de supervivencia otorgada en documento privado.

<sup>727</sup> Sigo en cuanto a las mismas el citado trabajo de BALLESTEROS ALONSO, *op. cit.*, pags. 459 a 463.

2°. En caso de que no existiera heredamiento previo, según hemos señalado, los cónyuges deberían, como mínimo, manifestarlo así en el propio título de adquisición. Y digo como mínimo porque lo más seguro sería acompañar la escritura con un certificado del Registro de Actos de Última Voluntad de cada uno de los cónyuges adquirentes. Tal requisito, sin embargo, podría ser tildado de excesivo por tres motivos:

- La posibilidad de que el heredamiento se hubiera otorgado de forma previa pero con muy poca antelación, de modo que aún no hubiera constancia del mismo en el Registro de Actos de Última Voluntad.

- La escasa repercusión práctica de los heredamientos.

- Y la propia trascendencia del pacto de supervivencia, cuyos efectos entre el momento de su otorgamiento y el de la muerte de uno de los otorgantes quedan limitados a los cónyuges celebrantes, quienes no podrían ir en contra de la manifestación vertida al hacer la compra.

La importancia de este control previo podría adquirir una trascendencia capital, especialmente en el caso de que se verificara con posterioridad la preexistencia de un heredamiento. En este caso, la ausencia de dicho control produciría las siguientes consecuencias:

- El pacto de supervivencia sería nulo de pleno derecho, no obstante haber sido autorizado su otorgamiento por un notario, e inscrita dicha escritura en el Registro de la Propiedad, toda vez que la inscripción no convalida los actos o contratos que sean nulos con arreglo a las leyes, de conformidad con el artículo 33 de la Ley Hipotecaria.

- La inscripción del pacto en el Registro de la Propiedad daría lugar un supuesto de inexactitud de los contenidos en el artículo 40.d. de la Ley Hipotecaria, “nulidad del título”, requiriéndose para su rectificación el consentimiento de los interesados o, en su defecto, resolución judicial.

- La inscripción en el Registro, sin contener salvedad alguna, determina la salvaguarda de un verdadero derecho a favor del cónyuge superviviente, de modo que si resultase que previamente se había

otorgado un heredamiento, y la escritura que incluyera el mismo se presentase con posterioridad en el Registro de la Propiedad, tal escritura se encontraría con el obstáculo para su inscripción del tracto sucesivo de las inscripciones.

3º Finalmente habría que controlar la existencia o no de heredamientos en el momento de “purificación” del pacto de supervivencia. Para ello, “se suele documentar esa transmisión habitualmente por medio de una escritura pública a la que se acompaña el certificado de defunción del fallecido. Otras veces se presenta ese certificado acompañando de una instancia que firma el sobreviviente solicitando la liquidación del impuesto correspondiente y la inscripción en su favor de la mitad indivisa que pertenecía a su consorte”<sup>728</sup>.

A la exigencia de solicitar el certificado de últimas voluntades del causante, habría que sumar la de exigir también el certificado de últimas voluntades de su cónyuge supérstite, pues de producirse el hecho de que el premuerto no hubiera otorgado un heredamiento, pero el sobreviviente sí, nos encontraríamos:

- Con que el título de transmisión (el pacto de supervivencia), sería nulo, pues es requisito común para ambos otorgantes la ausencia de un heredamiento previo, independientemente de quien sobreviva de los dos.

- Con que, de no reconocerse dicha nulidad, siendo el pacto de supervivencia nulo, podrían resultar perjudicados los herederos del cónyuge premuerto, en caso de que los hubiera y fueran persona distinta al consorte superviviente<sup>729</sup>.

---

<sup>728</sup> En relación con el control efectuado en este segundo momento a fin de determinar la preexistencia de heredamientos contradictorios, BALLESTEROS ALONSO, *op. cit.*, *ibid.*, pag. 461 y 462, denunció que se producía en la práctica una notoria ausencia del mismo, algo que consideró absolutamente inexcusable.

<sup>729</sup> Pese a que han transcurrido más de veinticinco años desde la fecha de publicación del trabajo de BALLESTEROS ALONSO (1988), y pese a que el texto normativo al que se refiere fue derogado hace mucho tiempo, sus conclusiones se antojan perfectamente actuales, y sus apreciaciones y conclusiones, plenamente vigentes.

No obstante lo dicho, parece que no existe unidad de criterio, tal y como resulta de la resolución de la Dirección General de Registros y del Notariado de fecha 30 de noviembre de 1998, que versa sobre la disputa establecida entre la Registradora de la Propiedad de La Bisbal d'Empordan y el Notario de L'Escala, a raíz de la negativa de la primera a inscribir la consolidación de la propiedad a favor de unos de los cónyuges, tras el fallecimiento del otro, en tanto en cuanto no se le justificase mediante los correspondientes certificados del Registro General de Actos de Última Voluntad, que ninguno de los cónyuges había otorgado un heredamiento del que resultara la ineficacia del pacto.

La resolución deja constancia de como el Tribunal Superior de Cataluña se posicionó a favor del Notario, revocando la nota de la registradora, en atención a los argumentos esgrimidos por aquel, a saber:

*Que el pacto de sobrevivencia es una figura de muy discutida naturaleza jurídica, pero de funcionamiento práctico extrajudicial suficientemente claro. Que deben distinguirse los dos momentos en que la sobrevivencia se conecta con el Registro de la Propiedad:*

*A) El primer momento se produce al tiempo de inscribir el título de adquisición como pacto añadido a la misma, siempre que los cónyuges estén casados en régimen catalán de separación de bienes y adquieran un bien conjuntamente y por iguales cuotas (artículo 61 de la Compilación de Derecho Civil de Cataluña). La calificación del Registrador se extiende a la determinación de la validez de dicho pacto (artículos 18 y 38 de la Ley Hipotecaria y 1250 del Código Civil). Que, en virtud de lo anterior, hay que tener en cuenta:*

- 1. La Resolución de 3 de marzo de 1994.*
- 2. Lo establecido en el artículo 1 de la Ley Hipotecaria.*
- 3. Que la presunción de veracidad y la legitimación permiten actuar en el tráfico, tal y como resulta del título público y del contenido del Registro.*

*B) Que la segunda conexión ordinaria que existe entre el pacto de sobrevivencia y el Registro de la Propiedad se produce al tiempo de la purificación. El fallecimiento de un cónyuge opera como presupuesto habilitante de la eficacia del pacto y determinante del cónyuge beneficiario, y esto es suficiente para que la purificación acceda al Registro, salvo que del Registro resulte algún obstáculo.*

*C) Que la exigencia de la Registradora resulta arbitraria, absurda y parece fundarse en una confusión de la naturaleza y virtualidad del pacto que se estudia.*

De este modo, el tribunal, después de atender las justificaciones de una y otra parte, consideró que resultaba suficiente con aportar el certificado de defunción del cónyuge premuerto a efectos de determinar la purificación del pacto, y en consecuencia su acceso al Registro.

Debe reconocerse que las argumentaciones presentadas por el Registrador no fueron las más adecuadas:

*Que la única cuestión que se plantea en el presente recurso es si para inscribir a favor del cónyuge viudo la purificación de un pacto de sobrevivencia, es preciso acompañar certificados del Registro General de Actos de Última Voluntad de ambos esposos, acreditativos de que ninguno de ellos ha otorgado heredamiento que deje ineficaz dicho pacto.*

*Que teniendo en cuenta la fecha de fallecimiento de la esposa, es aplicable la Compilación de 1984 y el Código de Sucesiones de 1991. Que ajustándose al criterio de la Resolución de 3 de marzo de 1994, bastaría para que la escritura pueda inscribirse:*

*1. La manifestación del señor Pueo de que no ha otorgado, no ya heredamiento, sino capitulaciones.*

*2. El certificado de últimas voluntades de su esposa, acreditativo de que tampoco ésta las otorgó. Que lo cierto es que del Registro no resulta que en el momento en qué adquisición hicieran tal manifestación, ni tampoco la hace el sobreviviente en la escritura calificada. Que en el presente caso, al inscribir la purificación del pacto en favor del*

*sobreviviente se está inscribiendo la mitad indivisa de un bien a favor de una persona en base a un título (el pacto de sobrevivencia), cuya legalidad no se ha calificado nunca.*

*Que la exigencia de los certificados es precisa para ambos cónyuges:*

*1. Hay que controlar la legalidad del título de una transmisión. El pacto de sobrevivencia es nulo tanto si el heredamiento se ha otorgado por el fallecido como si se ha otorgado por el sobreviviente.*

*2. Si tal pacto es nulo, hay alguien que puede resultar perjudicado, si un pacto nulo produce sus efectos. Ese puede ser el heredero del premuerto, si tal heredero es persona distinta del cónyuge sobreviviente.*

*Que la inscripción de la purificación de sobrevivencia está regulado en el artículo 8 del reglamento Hipotecario, completado por los artículos 77 y 78 del mismo Cuerpo legal. Que hay que señalar que la Compilación, en sus artículos 61 primitivo y 24 actual, entronca la figura con el derecho de sucesiones. En este sentido se manifiesta la Resolución de 29 de diciembre de 1977 y el derecho fiscal.*

Sin embargo, pese a que tales argumentos no parezcan los más oportunos de conformidad con la finalidad perseguida, no deja de ser significativo que, prescindiéndose del texto normativo, el Tribunal resolviera en función de su propia interpretación acerca de la naturaleza jurídica del pacto, prescindiendo y hasta ignorando la taxativa exigencia del artículo.

En este sentido, es una lástima que la Dirección General de Registros no entrara a resolver sobre la materia por entender que, al ser la cuestión en litigio propia de la legislación civil de Cataluña, no le competía conocer del recurso formulado, acordando no entrar en el examen del recurso.

De cualquier forma, lo que se pone de manifiesto, de nuevo, es la gran disparidad de criterio existente entre unos profesionales del derecho y otros; y también lo sorprendentemente débil que puede ser en ocasiones el texto normativo, pues, desde mi punto de vista, causa no

poca sorpresa que se pueda tildar la decisión de la Registradora de “arbitraria, absurda y confusa”, cuando ya desde la redacción recogida en la Compilación se consigna la incompatibilidad del pacto con la existencia de heredamientos previos. Al decir, entonces, el notario, contando con el respaldo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, que *el fallecimiento de un cónyuge opera como presupuesto habilitante de la eficacia del pacto y determinante del cónyuge beneficiario, y esto es suficiente para que la purificación acceda al Registro*, ¿está significando que no debe controlarse *precisamente en ese momento* la existencia de un heredamiento previo, justamente en el momento en que dicha existencia determinaría la ineficacia del pacto?

La respuesta, radicalmente opuesta a lo defendido por BALLESTEROS ALONSO, ya la conocemos.

## **2. Acuerdo entre los cónyuges durante el matrimonio**

El acuerdo entre los cónyuges como causa de extinción del pacto de sobrevivencia parece una consecuencia lógica derivada de su propia naturaleza, y no debería plantear más problemas que los de su constatación. Dado que son los cónyuges quienes de mutuo acuerdo determinan incluir el pacto de supervivencia en la compraventa, los dos deberían tener, también de mutuo acuerdo, potestad suficiente para dejar sin efecto dicho pacto (que no la compraventa precedente).

En realidad, el acuerdo entre los otorgantes, como causa de extinción de los efectos derivados del pacto de supervivencia, es consecuencia directa del mandato contenido en el artículo 231-15.2.a, que impone que no puedan ser enajenados ni gravados los bienes así adquiridos, si no es por acuerdo de ambos cónyuges. Es decir, se reconoce de antemano que el acuerdo de los cónyuges es suficiente para romper la ligadura establecida al efectuar la adquisición y transmitir a un tercero, de modo que quede ineficaz la vinculación del bien antes adquirido a la supervivencia de uno de los cónyuges.

Siendo esto así, parece lógico que, también por acuerdo, se pueda



decidir dejar sin efecto dicho pacto, pero sin necesidad de que tal supresión tenga su origen en una transmisión, sino en la voluntad coincidente de ambos otorgantes.

Tal exigencia parece una consecuencia lógica, tanto desde el punto de vista del principio de autonomía de la voluntad como de las normas que rigen los pactos sucesorios, ya que el artículo 431-12 consagra que los mismos y sus disposiciones podrán modificarse y resolverse mediante acuerdo de los otorgantes.

En consecuencia, simplemente creo pertinente hacer un par de matizaciones:

En primer lugar, el acuerdo funciona como causa de extinción siempre y cuando el mismo se produzca *durante el matrimonio*. Tal imposición aparece como una consecuencia directa de la causa de extinción regulada en el apartado b) del citado artículo 231-18.1: *la declaración de nulidad del matrimonio, separación judicial o de hecho, o divorcio*. Con ello, lo que se significa es que, constante matrimonio, ambos cónyuges pueden decidir de mutuo acuerdo si quieren poner fin a los efectos derivados del pacto de supervivencia; sin embargo, tan pronto como recaiga sentencia firme de nulidad, separación o divorcio, serán privados de tal facultad por el efecto inmediato que se asocia a la resolución de las crisis matrimoniales, de modo que, independientemente de la voluntad de los adquirentes, el pacto se extinguirá de forma automática.

En este sentido, llama la atención la actual indisponibilidad que se ha establecido en relación con los efectos inmediatos de la extinción. La regulación del Código de Familia, en su artículo 46.3 incluía la nada gratuita precisión “salvo que se estipule de otro modo”, que dejaba la puerta abierta a que los otorgantes pudieran mantener los efectos del pacto de supervivencia, en toda su extensión o en parte. Nada de eso, sin embargo, parece posible ahora, pues no se menciona dicha facultad, de modo que parece que, tan pronto como los cónyuges acuerden poner fin a los efectos del pacto de supervivencia, o bien tan pronto como recaiga sentencia de nulidad, separación o divorcio, el pacto se

extinguirá de forma plena, sin posibilidad de pactar su continuidad en modo alguno.

Más complicada de armonizar parece la coexistencia del acuerdo entre los cónyuges con la *declaración de separación de hecho*, pues, realmente, ¿qué debemos entender por tal? Si la separación de hecho se caracteriza por su carácter informal, carente de cualquier trámite judicial o formal para su consolidación, ¿cómo puede exigirse una declaración para determinar la ineficacia del pacto por este motivo? Acaso se esté apelando a la necesidad de actuar precisamente a los efectos de dejar ineficaz al pacto mediante una declaración judicial o, al menos notarial, que de un modo fehaciente sirva de refuerzo a tal situación.

De cualquier manera, tal exigencia parece innecesaria toda vez que, separados de hecho o no, los cónyuges tienen la potestad, de mutuo acuerdo, de determinar la extinción del pacto. Con ello lo que quiero decir es que, aunque de hecho un matrimonio se encuentre separado, si lo que quieren es anular los efectos del pacto de supervivencia, acaso resulte más sencillo actuar de forma conjunta a fin de que tal efecto se produzca, en lugar de buscar constatar en primer lugar su separación, y en segundo lugar que de esta se deriven las consecuencias extintivas deseadas.

Se hace difícilmente imaginable, pienso yo, una situación en que la causa de extinción de la declaración de situación de separación de hecho pueda actuar como modo de extinguir el pacto, salvo quizá cuando el cónyuge premuerto se encontrara separado de hecho de su consorte, y sean los herederos de aquel quienes procedan a justificar dicha situación, a los efectos de eliminar los evidentes efectos sucesorios. En este caso concreto, sí tendría un mayor peso y sentido.

Por otro lado, dado que el artículo 234-3.3 habilita a los convivientes en pareja estable a adquirir conjuntamente bienes con pacto de supervivencia, remitiéndose en toda su extensión a los artículos 231-15 a 231-18, debemos entender que el acuerdo entre los mismos producirá el mismo efecto. Sin embargo, en relación con las

situaciones de crisis matrimonial como causa de extinción, se deberá equiparar a las mismas la situación de extinción de la pareja estable, reguladas en el artículo 234-4, algo que veremos más adelante.

Cuestión diferente a lo hasta aquí estudiado es *la forma* en que debe formalizarse el acuerdo de extinción entre los cónyuges. El artículo 231-18.1.a) nada dice al respecto, de modo que, en principio, parece que la misma podrá efectuarse en documento público o privado, e incluso de palabra.

Ahora bien, parece lógico pensar que, en todos aquellos casos en que la adquisición efectuada con pacto de supervivencia se haya realizado en documento público, toda vez que la mayor parte de las mismas suelen ir referidas a bienes inmuebles, y toda vez que el pacto de supervivencia, según hemos visto, resulta inscribible en el Registro de la Propiedad; parece lógico, digo, exigir que en dichas situaciones el acuerdo venga recogido a su vez en documento público, a fin de constatar su realidad y que esta, una vez inscrita, produzca efectos *erga omnes*.

Tal exigencia, a su vez, casa a la perfección con lo requerido por el antes citado artículo 431-12, en el que se exige para la modificación y resolución de los pactos sucesorios y de las disposiciones contenidas en ellos que el acuerdo de los otorgantes quede formalizado en escritura pública.

De esta forma, parece que la forma más práctica y eficaz para constatar el acuerdo de los cónyuges que pone fin al pacto de supervivencia es la escritura pública. Y esto es así no sólo por dar satisfacción a la regulación del artículo 431-12 (que, por otro lado, y dado que defendemos el carácter sucesorio del pacto de supervivencia, nos parece lo correcto), sino también porque, si como hemos visto, el pacto se ha inscrito en el Registro de la Propiedad, la forma pertinente de modificar dicha inscripción es mediante escritura pública.

Una última cuestión parece relevante, y esta es que el acuerdo

entre los cónyuges determina la ineficacia del pacto de supervivencia, *pero no de la compraventa*, o del negocio adquisitivo de que se trate, lo que parece más que lógico. Pero, siendo esto así, se me antoja difícilmente defendible la tesis del negocio unitario, dado que es la parte adquirente del bien sujeto al pacto la que, de forma unilateral, determinará, por simple concurso de voluntades, que los efectos asociados al mismos devengan ineficaces.

Si resultara, como defendía VALLET DE GOYTISOLO, que la compra con pacto de supervivencia constituye un negocio único e inescindible, de modo que fuera el vendedor quien, de forma graciosa, transmitiera a ambos cónyuges y al más viviente, siendo todo en conjunto un acto positivo suyo, parecería carente de toda lógica que pudiera determinarse la extinción del pacto sin contar con la anuencia de aquel que fue su constituyente.

Por el contrario, si el pacto de supervivencia se concibe como un negocio unido a otro negocio de transmisión patrimonial, pero de naturaleza y entidad distintas, entonces no parece que haya impedimento alguno a que los sujetos del mismo decidan en exclusiva sobre él, toda vez que serán sus únicos otorgantes. Conclusión esta que parece acertada tanto si le concedemos al pacto de supervivencia naturaleza de pacto sucesorio, merced al artículo 431-12, como si entendemos que el mismo es un negocio oneroso y aleatorio, o una doble donación sometida a condiciones suspensivas y resolutorias. En cualquiera de estas situaciones, serían los otorgantes quienes decidirían de mutuo acuerdo sobre el pacto que adoptaron, y nada tendría que ver con esta decisión el transmitente, cuya función terminó en el momento en que fue consumada la adquisición.

### **3. Las crisis matrimoniales**

La segunda causa de extinción que aparece regulada en el artículo 231-18.1 son las denominadas “crisis matrimoniales”: declaración de nulidad del matrimonio, separación judicial o de hecho,

y divorcio. En realidad, nada parece más lógico que determinar la extinción de una comunidad surgida precisamente del acuerdo entre los cónyuges, y en atención a su condición de esposos, que las situaciones de crisis que amenazan o ponen fin a dicho matrimonio. PUIG BLANES justifica en este sentido su establecimiento, reseñando que “rota la *affectio maritalis* (pues basta con la separación sin ser necesaria la nulidad o disolución del matrimonio), queda sin efecto el pacto”<sup>730</sup>.

Su introducción como causa de extinción del pacto de sobrevivencia se produjo a través de la reforma de 1984, en la cual no se contempló como supuesto de extinción el de la separación de hecho. Fue a través de la modificación acontecida con la promulgación del Código de Familia, que se introdujo la separación de hecho, siempre y cuando fuera acreditada fehacientemente. En dicha modificación, además, se estableció la posibilidad, y exigencia, de que, en los casos de separación, divorcio o nulidad del matrimonio que se encontraran en trámite en el momento de fallecer unos de los cónyuges, la acción planteada podría ser continuada por los herederos del premuerto, a efectos de la declaración de extinción del pacto de supervivencia. Sin embargo, tal matización fue excluida por el Libro II del Código Civil. Igualmente se eliminó la exigencia de que la separación de hecho fuera acreditada de modo fehaciente.

Acaso la cuestión que haya suscitado mayor controversia en relación con la regulación de la causa de extinción que estudiamos sea la inclusión de la separación de hecho como medio de poner fin a los efectos derivados del pacto de supervivencia, en paridad con el resto de situaciones incluidas en el artículo 231-18.1.b), pues, como se ha señalado supone tanto como equiparar un supuesto de hecho con una resolución judicial<sup>731</sup>.

El origen de la polémica aparece con el Código de Familia, que no sólo introdujo la separación de hecho como causa directa de extinción,

---

<sup>730</sup> PUIG BLANES, F.P., *Comentarios al Código Civil de Cataluña*, Tomo I, *op. cit.*, pag.279.

<sup>731</sup> PUJOL CAPILLA, P., *op. cit.*, pag. 254, nota al pie de página 332.

sino también la exigencia de que, en caso de que uno de los cónyuges hubiera fallecido durante un procedimiento abierto de nulidad, separación o divorcio, a fin de conseguir la declaración de extinción del pacto de supervivencia, los herederos debían continuar con las acciones emprendidas por el difunto para conseguir dicha extinción. Esto, en la práctica, suponía que una simple situación de hecho podía determinar la extinción del pacto de supervivencia, pero no la existencia constatada de un procedimiento abierto de nulidad, separación o divorcio, cuya constancia, por otro lado, resultaría mucho más sencilla y segura.

Tal situación dio lugar a no pocos ataques por parte de la doctrina, pues no deja de ser sorprendente que la separación de hecho, que constituye una situación de conflicto conyugal menor, al menos desde un punto de vista estrictamente jurídico, pues resulta menos formal y sus efectos son más débiles, fuera considerada por legislador catalán merecedora de unos efectos jurídicos inmediatos y determinantes, y en cambio no le pareciera oportuno predicar tales efectos de la mera constatación de la existencia de un procedimiento abierto de separación judicial, nulidad o divorcio, máxime cuando, en la gran mayoría de los casos, estos se desarrollan en el marco de una separación de hecho previa<sup>732</sup>.

La modificación acontecida a través del posterior Código Civil de Cataluña, en consecuencia, puede entenderse como un modo de

---

<sup>732</sup> Así lo entendió PUJOL CAPILLA, *ibid.*, pags. 256 y 257: “Sorprende que a la separación de hecho, situación de conflicto conyugal en apariencia menor y, desde luego, no dotada de formalidad y con un alcance jurídico mucho más débil, el legislador catalán le otorgue unos efectos jurídicos inmediatos y determinantes, prescindiendo, en este caso, del rigor probatorio de la situación conyugal que se exigía a las demandas ya iniciadas sobre este extremo”.

También MEZQUITA DEL CACHO, J.L., “Perspectiva actual de las adquisiciones conyugales con pacto añadido de supervivencia”, *La Notaria*, Madrid, 1999, pag.109, quien igualmente resaltó la aparente falta de lógica de que “mientras el inicio procesal de estas acciones mediante la interposición de la demanda por el cónyuge premuerto no se considera prueba bastante de la quiebra matrimonial, y necesita de la continuación por parte de los herederos para lograr el efecto extintivo, en cambio, en el caso de la separación de hecho – situación de ruptura conyugal que en apariencia es de menor formalidad y rotundidad – parezca innecesaria al legislador dicha actuación sucesiva de los herederos del cónyuge premuerto, y suficiente una acreditación fehaciente de la circunstancia; lo cual, así, parece atribuir a esta diligencia acreditativa, que puede ser extrajudicial, mayor eficacia que la puesta en marcha de una acción judicial.

enmendar la tan criticada situación. Tal es el sentido que parece deducirse de la eliminación de la mención expresa acerca de la necesidad de que las acciones de separación judicial, nulidad y divorcio debieran ser continuadas por los herederos<sup>733</sup>.

Dado que el texto legal no establece que la mera existencia de un procedimiento judicial de nulidad, separación o divorcio pueda servir de causa suficiente para la extinción del pacto, es necesaria la concurrencia de una sentencia firme para que pueda determinarse la misma. Sin embargo, la eliminación de la necesidad de proseguir con las acciones que dan lugar a dichos procedimientos, junto con el mantenimiento de la separación de hecho como causa de extinción, dan lugar a que se entienda que, en aquellas situaciones en que se haya producido el fallecimiento de uno de los cónyuges durante la tramitación del proceso judicial, dado que lo usual es que llegados a tal punto ya se hubiera producido la separación de hecho previa, no sería necesario la continuación de tales procedimientos únicamente con la finalidad de extinguir el pacto, pues su mera existencia podría servir como causa más que suficiente para acreditar la necesaria y suficiente separación de hecho<sup>734</sup>.

En consecuencia, parece que el criterio del legislador ha contribuido a clarificar y dar coherencia a la institución, en el sentido de que, en vida de ambos cónyuges, si media demanda de nulidad, separación o divorcio, la resolución del procedimiento correspondiente podrá servir de forma bastante como causa para producir la extinción del pacto de supervivencia, sin necesidad de entrar en medidas intermedias a fin de justificar la separación de hecho; medida, por otro lado, perfectamente válida también, en caso de que se quiera proceder a través de ella.

Ahora bien, la problemática existente con la continuación de las acciones de divorcio, separación o nulidad se ha resuelto, toda vez que, siguiendo el criterio expuesto, parece que simplemente acreditando la

---

<sup>733</sup> Siguiendo el parecer expresado por PUIG BLANES, F.P., *Comentarios al Código Civil de Cataluña*, Tomo I, *op. cit.*, pag. 280.

<sup>734</sup> *Ibid.*, pags. 279 y 280.

existencia de un procedimiento en marcha en tal sentido, se puede considerar la separación de hecho como algo debidamente justificado, salvo situaciones muy peculiares.

Este parece, en efecto, que ha sido el criterio seguido por el legislador catalán, máxime si examinamos el Proyecto del Libro II del Código Civil Catalán, en el cual aparecía como causa de extinción la declaración judicial de separación de hecho, instada por cualquiera de los cónyuges o de sus herederos. Además, figuraba que el pacto sería ineficaz si en el momento del fallecimiento de uno de los cónyuges se estaba tramitando una demanda de separación, nulidad o divorcio, con lo que directamente se eliminaba la necesidad de que los herederos continuaran con esa acción, siendo su efecto directo la extinción de los efectos del pacto. Teniendo en cuenta la regulación actual, parece que el razonamiento expuesto es el correcto.

Otra cuestión, no carente de interés, que ha planteado la doctrina es la incidencia de la *reconciliación* tras producirse una demanda de separación judicial o divorcio<sup>735</sup>. Es decir, si la reconciliación de los cónyuges tras dictarse sentencia en uno de dichos procesos serviría para rehabilitar el pacto.

Una parte de la doctrina ha considerado que, en el supuesto de que un matrimonio, tras separarse o disolver su vínculo matrimonial, decidieran reconciliarse y reanudarlo, la reconciliación sólo produciría plenos efectos en los casos de separación y durante la tramitación de un proceso de divorcio, pero nunca en este último caso una vez dictada sentencia firme, pues “la reconciliación supone una vuelta a la normalidad en las relaciones conyugales, con los importantes límites legales existentes”<sup>736</sup>, por lo que no debería mantenerse la ineficacia del pacto<sup>737</sup>.

No obstante, para otros autores la solución es muy diferente, y así se ha considerado que “una vez extinguido el pacto de supervivencia, no

---

<sup>735</sup> PUJOL CAPILLA, P., *op. cit.*, pag. 263.

<sup>736</sup> *Ibidem*.

<sup>737</sup> *Ibid.*, pags.260 a 263.



cabe que el mismo se pueda rehabilitar, pues el mismo quedó sin efecto, aunque nada impide que los cónyuges fijen algún nuevo pacto o acuerdo en sentido semejante al anterior pacto de supervivencia en el caso que volvieran a contraer matrimonio o se reanudare la convivencia”<sup>738</sup>.

En defensa de este argumento, aparece la sentencia de la Audiencia Provincial de Girona de 31 de enero de 2002<sup>739</sup>, en la cual la situación contenciosa era exactamente igual a la que hemos planteado: un matrimonio celebró una venta con pacto de supervivencia, posteriormente se separaron judicialmente, y más tarde ella murió, mediando entre estos dos últimos hecho, a decir del esposo, reconciliación. Pues bien, la argumentación del Tribunal fue clara:

*La qüestió següent es centra en que si el pacte de supervivència s'havia extingit per la declaració judicial de la separació judicial (article 46-1-c del Codi de família), podria aquell pacte revivre en el món del dret per una vertadera reconciliació entre els cónjuges. I la resposta ha de ser negativa tota vegada que no es possible fer revivre alió que s'ha extingit. Altra cosa seria que, després una vertadera reconciliació, pugui el cónjuge fer una disposició de darrera voluntat a favor de l'altre sobre aquella propietat que en el seu día havia tingut un pacte de supervivencia.*

Especialmente gráfica es la afirmación de que “no es posible revivir lo que se ha extinguido”. Pero la Audiencia fue incluso más clara a continuación, pues, tras exponer sus dudas acerca de si en dicha situación había existido o no verdadera reconciliación, determinó categóricamente que:

*Ni una vertadera reconciliació permet tornar a donar vida jurídica al pacte de supervivència ja extingit.*

---

<sup>738</sup> PUIG BLANES, F.P., *Comentarios al Código Civil de Cataluña*, Tomo I, *op. cit.*, pag. 280.

<sup>739</sup> Debe reseñarse que dicha sentencia es posterior al trabajo de PUJOL CAPILLA.

Entiendo que la argumentación favorable a comunicar los efectos de la reconciliación al pacto de supervivencia busca, como principal finalidad, armonizar y conferir equilibrio a la situación patrimonial de los cónyuges que rehacen su vida marital, sin necesidad de entrar en nuevos gastos o quebraderos de cabeza para restaurar lo que sin verdadera necesidad descompusieron. Pero lo cierto es que la sentencia de nulidad, separación judicial y divorcio, así como la constatación de separación de hecho, siempre que algún interesado se preocupe de acreditarla, actúan como causa de extinción del pacto, no de anulabilidad o ineficacia. En consecuencia, la posterior reconciliación, en caso de que se produzca, no puede “revivir lo que se ha extinguido”.

Como ejemplo más obvio, tenemos la situación de reconciliación tras el divorcio, que no da lugar a la restitución del matrimonio: tal reconciliación se constituye en una situación de hecho metajurídica, de modo que si los esposos divorciados tienen la suerte de reconciliarse y desean volver a quedar unidos por el vínculo civil del matrimonio, deben volver a casarse, sin que tal reconciliación produzca efecto jurídico alguno. Aquí, pues, ocurriría algo parecido.

En cuanto a la situación de las parejas de hecho, parece obvio que en ningún caso podrán apelar a las causas contenidas en el artículo 231-18.1.b), al ser circunstancias predicables sólo del matrimonio. En este sentido, parece lo más lógico acudir a las causas de extinción de la pareja estable, recogidas en el artículo 234-4, a fin de aplicarlas de forma analógica. Entre las mismas, encontramos:

- a) *Cese de la convivencia con ruptura de la comunidad de vida.*
- b) *Muerte o declaración de fallecimiento de uno de los convivientes.*
- c) *Matrimonio de cualquiera de lo convivientes.*
- d) *Común acuerdo de los convivientes formalizado den escritura pública.*

*e) Voluntad de uno de los convivientes notificada fehacientemente al otro.*

Tras una atenta lectura, podemos concluir que los únicos supuestos que parecen equiparables son el a) y el e), dado que son las situaciones que más se asemejan a la situación de separación, nulidad o divorcio. El común acuerdo, recogido en la letra d), ya aparece como causa directa de extinción del pacto de supervivencia en el artículo 231-18. Y en cuanto a la situación de muerte o declaración de fallecimiento de uno de los convivientes, en relación con el pacto de sobrevivencia, de sobra nos es conocido el efecto producido. Queda, pues, sólo por dilucidar el efecto del matrimonio de los convivientes.

En principio, este supuesto puede derivarse de dos situaciones diferentes: que el matrimonio sea entre los propios convivientes, o bien entre uno de ellos y un tercero. Si la situación es esta última, no cabe duda que ha de equipararse a las restantes causas de extinción examinadas, ya que implica un cese eficaz y definitivo de la convivencia.

Sin embargo, si la situación producida es que los convivientes pasan a ser matrimonio, el efecto, a mi juicio, debe ser justamente el contrario: dado que la unidad esencial que define al pacto de supervivencia se mantiene, esto es: los mismos sujetos que lo otorgaron, la misma identidad familiar y la misma intención conservar los efectos del pacto de supervivencia, tanto en vida de ambos como tras su muerte, lo más lógico parece concluir que el pacto de supervivencia no se verá afectado y continuará produciendo los efectos consabidos y acordados.

Recordemos, en este sentido, que las causas recogidas por el 231-18.1.b) son las situaciones de crisis matrimonial, esto es, aquellas que determinan el fin de la vida en común o, al menos, su suspensión. No parece por ello lógico por ello que la ratificación de esa vida en común, a través del matrimonio, deba equipararse a las citadas causas de extinción, pues su finalidad es justamente la contraria, y, en definitiva, lo que se hace es aportar un plus de estabilidad y perdurabilidad.

Por último, creo interesante hacer una breve referencia a la incidencia de las crisis matrimoniales en la materia de *los pactos sucesorios*.

El artículo 431-17 señala lo siguiente:

*1. La nulidad del matrimonio, la separación matrimonial y el divorcio, o bien la extinción de una unión estable de pareja, de cualquiera de los otorgantes no altera la eficacia de los pactos sucesorios, salvo que se haya pactado otra cosa.*

*2. Como excepción a lo establecido por el apartado 1, los heredamientos o las atribuciones particulares hechas a favor del cónyuge o del conviviente en unión estable de pareja, o de los parientes de estos, devienen ineficaces en los supuestos regulados por el artículo 422-13.1 y 2, salvo que se haya convenido lo contrario o ello resulte del contexto del pacto.*

Dado que la postura que vengo defendiendo es que el pacto de supervivencia constituye un supuesto de pacto sucesorio de atribución particular, efectuado precisamente entre cónyuges o convivientes, resulta de sumo interés acudir a la excepción consignada en el párrafo segundo; y, para su completa comprensión, a lo sancionado por el artículo 422-13.1 y 2:

*1. La institución de heredero, los legados y las demás disposiciones que se hayan ordenado a favor del cónyuge del causante devienen ineficaces si, después de haber sido otorgados, los cónyuges se separan de hecho o judicialmente, o se divorcian, o el matrimonio es declarado nulo, así como si en el momento de la muerte está pendiente una demanda de separación, divorcio o nulidad matrimonial, salvo reconciliación.*

*2. Las disposiciones a favor del conviviente en unión estable de pareja devienen ineficaces si, después de haber sido otorgadas, los*

*convivientes se separan de hecho, salvo que reanuden su convivencia, o se extingue la unión por una causa que no sea la defunción de uno de los miembros de la pareja o el matrimonio entre ambos.*

De la concurrencia de los dos artículos transcritos podemos establecer que no hay nada que contradiga o ponga en entredicho la posible consideración del pacto de supervivencia como un pacto sucesorio de atribución particular, sino, muy al contrario, podemos señalar otro nuevo punto de coincidencia, dado que ambas instituciones son sensibles a las denominadas crisis matrimoniales, o a la terminación de la convivencia estable en pareja, produciendo en ambas el mismo efecto, que es la extinción de las atribuciones efectuadas a favor del cónyuge o pareja, con la única salvedad que el sistema que rige los pactos de supervivencia es aún más rígido, al no permitir su rehabilitación tras una reconciliación o reanudación de la convivencia, ni permite que tales supuestos sean objeto de algún tipo de acuerdo entre las partes.

#### **4. Renuncia**

La renuncia a los derechos derivados de la purificación del pacto de supervivencia tampoco ha escapado de la polémica, y ha sido objeto de múltiples críticas a lo largo del tiempo, desde su inclusión en el artículo 62 de la Compilación de Derecho Civil de Cataluña.

El citado artículo, en efecto, determinaba la validez de la renuncia siempre y cuando hubiera sido convenida por ambos cónyuges recíprocamente (su equivalente actual sería el supuesto de extinción de mutuo acuerdo durante el matrimonio), así como cuando fuera el superviviente quien la efectuara, tras el fallecimiento de su consorte.

Posteriormente, la reforma de 1993, al reordenar el contenido de los artículos dedicados al pacto de supervivencia, ubicó la renuncia como causa de ineficacia del pacto, distinguiendo en este caso el acuerdo de los cónyuges de la misma. Tal distinción se mantuvo en la

regulación del Código de Familia, en el que se acentuó aún más la diferenciación entre ambos supuestos, distinguiéndolos como causas a) y b) de extinción del pacto. Como ya indicamos anteriormente, una de las novedades del Código de Familia fue precisamente la sustitución de las causas de ineficacia del pacto de supervivencia por causas de extinción.

La reforma acontecida por el Código Civil Catalán, una vez más, da un paso adelante, y en el artículo 231-18, en el que se regulan las causas de extinción del pacto, no encontramos ni rastro de la renuncia efectuada por el sobreviviente. Pero esto no quiere decir que el legislador, haciéndose eco de las críticas vertidas por una buena parte de la doctrina, haya eliminado toda mención a la posibilidad y efectos de la renuncia, sino que la ha reubicado en el artículo 231-15.3, precisamente a continuación del mandato de computar la parte del premuerto para el cálculo de la legítima y cuarta viual, y la imputación a esta; y lo ha hecho en los términos siguientes:

*En caso de renuncia, se entiende que el renunciante no ha adquirido nunca la participación del premuerto.*

Configurada de este modo, la renuncia, según ha establecido recientemente la Dirección General de Derecho y de Entidades Jurídicas de Cataluña, en resolución de 3 de octubre de 2011, debe efectuarse de forma *clara, precisa e inequívoca*, evidenciando de un modo indudable que el cónyuge supérstite es consciente de la existencia del pacto de supervivencia, de modo que la renuncia expresamente se refiera a los efectos derivados del mismo.

Estando, pues, claro que es posible renunciar al pacto de supervivencia, acaso la cuestión clave radique en comprender precisamente qué debemos entender por renuncia, o a qué es a lo que se renuncia. Y es que el mismo concepto de “renuncia” ha sido abordado desde múltiples perspectivas, siendo una institución de

contornos poco claros.

Definida como la pérdida o abandono de un derecho, esto es, la abdicación en la titularidad de un derecho, de modo que se origina un caso de pérdida o abandono del mismo<sup>740</sup>, la doctrina ha incidido, no obstante, en la complejidad del concepto, reconociéndose que en el mismo se pueden percibir hasta cuatro sentidos diversos<sup>741</sup>.

Teniendo en cuenta esta complejidad, se han señalado por la doctrina ciertas notas comunes, que siempre aparece en la renuncia<sup>742</sup>:

1º Se produce una dejación, ya sea del derecho, situación, beneficio, etc.

2º Esa dejación implica abandono.

3º No se produce transmisión de lo abandonado a persona alguna.

Siendo esto así, la renuncia por parte del superviviente implica que este, tras el fallecimiento de su cónyuge, decide no hacer suya la parte que correspondía al premuerto en el bien común, de modo que no pasa a integrarse en su patrimonio.

Tal solución fue objeto, desde el principio, de múltiples y bien fundamentados ataques, subrayándose la difícil compatibilidad existente entre la renuncia y el pacto de supervivencia, especialmente cuando aquella tiene lugar tras el fallecimiento de uno de los otorgantes.

A fin de tratar, en consecuencia, de dar sentido a la inclusión de la renuncia como causa de ineficacia del pacto de supervivencia, se han formulado diferentes interpretaciones.

---

<sup>740</sup> Por todos, CABANILLAS SANCHEZ, A., *op. cit.*, pag. 717.

<sup>741</sup> *Ibid*, pags. 734 a 738. Concretamente, los cuatro sentidos que distingue el autor son los siguientes:

1.- “Declaración de voluntad por cuya virtud una persona abandona la titularidad de un derecho subjetivo o de cualquier otra situación de poder reconocida a su favor por el ordenamiento jurídico” (pag. 734).

2.- “Declaración de voluntad por medio de la cual un contrato o relación jurídica se extingue por obra de la voluntad unilateral de una de las partes” (pag. 736).

3.- “Declaración de voluntad mediante la cual una persona rechaza una atribución patrimonial puesta a su disposición” (pag. 737).

4.- “Disposición negocial por la que las partes excluyen el normal contenido dispositivo del negocio que celebran” (pag. 738).

<sup>742</sup> PUJOL CAPILLA, P., *op. cit.*, pag. 248, pie de página 320.

En primer lugar, hay quien ve la posibilidad de que la renuncia implique un verdadero abandono de la cosa, que devendría *res nullius*, generándose entonces la adquisición por parte del Estado de la cuota del cónyuge premuerto<sup>743</sup>.

Tal interpretación, sin embargo, ha sido merecedora de fuertes ataques<sup>744</sup>, y no parece que sea la vía adecuada por la que situar la interpretación del precepto.

En segundo lugar, se ha opinado que realmente no nos encontramos frente a una verdadera renuncia, sino más bien ante la presunción de una transmisión efectuada a favor un tercero, y más concretamente de los herederos del premuerto, siendo su forma más usual la de la donación<sup>745</sup>.

Desde este punto de vista, el uso del término “renuncia” constituye una equivocación, ya que lo que en realidad se quiere dar a entender es que la parte del premuerto se refunde en su herencia con el resto de sus bienes y derecho, pasando así a sus herederos<sup>746</sup>.

Tampoco esta interpretación se ha librado de críticas. QUINTANA PETRUS considera que las conclusiones expuestas “chocan no sólo con la Compilación, sino también con la realidad. Y chocan asimismo con el Registro de la Propiedad que, en las compraventas con pacto de sobrevivencia refleja, bajo la salvaguardia de los Tribunales, dos tipos de titularidades:

---

<sup>743</sup> O'CALLAGHAN MUÑOZ, X., *Comentarios al Código Civil...*, *op. cit.*, pag. 122; y CABRERA HERNANDEZ, J.M., “De nuevo sobre...”, *op. cit.*, pag. 603.

<sup>744</sup> QUINTANA PETRUS, J.M., *op. cit.*, pag. 903: “Obsesionados por una supuesta regulación deficiente de esta institución y por la ida de que el bien no ha entrado en ningún momento en el patrimonio privativo de los cónyuges, llegan inevitablemente a conclusiones difícilmente sostenibles, como la de que, efectuada la renuncia por parte del sobreviviente, la cosa adquirida con pacto de sobrevivencia devendrá *res nullius*.”

<sup>745</sup> O'CALLAGHAN MUÑOZ, X., *Comentarios al Código Civil...*, *op. cit.*, pag. 122; CABRERA HERNANDEZ, J.M., “De nuevo sobre...”, *op. cit.*, pag. 603; QUINTANA PETRUS, J.M., *op. cit.*, pag. 905. Concretamente, CABRERA HERNANDEZ se preguntó, en este sentido: “¿Cómo puede renunciar? ¿Abandonando la cosa, que pasará a ser ocupable, a non domino, a disposición de cualquiera? No parece que sea esta la intención del texto; más bien parece presumir la renuncia como hecha a favor de los herederos del premuerto”.

<sup>746</sup> Señala CABRERA que tal hecho entraña el error de considerar al derecho derivado del pacto de supervivencia como parte del patrimonio de ambos cónyuges, cuando en realidad es sólo una esperanza de derecho, que se desvanece, de modo que no puede considerarse en ningún momento como parte de la herencia del premuerto. En: CABRERA HERNANDEZ, J.M., “De nuevo sobre...”, *op. cit.*, pag. 604.



Primero: Una titularidad exclusiva de la mitad del bien para cada uno de los cónyuges (por más que dicha titularidad esté sometida a un régimen de propiedad muy especial a tenor del artículo 62 de la Compilación).

Segundo: Una expectativa de acrecimiento o, como he dicho, de expansión a la propiedad total y exclusiva del bien que, derivada directamente de la compraventa efectuada con pacto de sobrevivencia, va a concretarse tan sólo a favor del cónyuge sobreviviente”<sup>747</sup>.

Por ello, debe considerarse una tercera posibilidad, y es que estemos ante una verdadera renuncia extintiva de derechos. En este caso, a lo que habría que atender es a lo *qué se renuncia* efectivamente por el cónyuge supérstite, que consistiría no en la titularidad de la mitad indivisa propia, puesto que esta ya figura en su propio patrimonio desde que se consumó la venta, sino tan sólo a la expectativa de expandir la propiedad a la totalidad del bien; esto es, a sumar a la mitad de la que ya se era propietario la mitad del premuerto, alcanzado así el dominio pleno de la cosa<sup>748</sup>.

Sería, por tanto, a ese derecho derivado del pacto al que la Compilación permitiría renunciar, no a la cosa íntegra.

En consecuencia, tras la renuncia, la propiedad de la mitad indivisa del cónyuge fallecido no se integraría en el patrimonio del sobreviviente, pero tampoco se convertiría en *res nullius*: pasaría a integrarse en la herencia del fallecido, siguiendo entonces el cauce ordinario de la sucesión<sup>749</sup>.

La polémica, tal y como ha sido expuesta, no cesó con las modificaciones legislativas reiteradas, y se ha mantenido hasta nuestros días. Valga como ejemplo la postura de PUJOL CAPILLA, quien defendió que la inclusión de la renuncia como causa de extinción en el Código de Familia respondía a un error mantenido a lo largo de cuarenta años por

---

<sup>747</sup> QUINTANA PETRUS, J.M., *op. cit.*, pag., 904.

<sup>748</sup> *Ibid.*, pag., 905.

<sup>749</sup> *Ibidem.*

el legislador<sup>750</sup>, que piensa en la compraventa con pacto de supervivencia como una institución de derecho sucesorio, y no familiar.

PUJOL entiende que el “pacto jamás podrá extinguirse por renuncia del cónyuge que sobreviva, porque ya se ha purificado con la defunción del otro. La muerte es la causa natural de que el pacto cumpla su finalidad, consolidándose el dominio en un único titular: el cónyuge que compró el bien y que ahora es viudo”<sup>751</sup>.

Desde esta perspectiva, se entiende que lo que el legislador catalán pretendió es constatar la transmisión de los derechos del causante a favor de sus herederos, “haciéndoles partícipes de la expectativa a obtener la totalidad del bien en caso de muerte previa del cónyuge supérstite. Es decir, que este les transmite la expectativa que anteriormente ostentaba su causante sobre el bien, dando lugar a una novación del negocio jurídico por el cambio de elemento subjetivo del mismo”<sup>752</sup>.

Esta solución se antoja tan innovadora y original como carente de fundamento, pues si por algo se caracteriza el pacto de supervivencia es por limitar su vida jurídica a la de sus originales otorgantes, sin permitir expresamente la transmisión del derecho de ninguno de ellos a terceras personas (artículo 231-15.2.b).

Parece fuera de toda lógica pensar que, estando en vida los cónyuges privados de la facultad de transmitir o ceder su derecho a un tercero, tras el fallecimiento de uno de ellos sí se permita efectuar una transmisión a los herederos del difunto, produciendo además este hecho una suerte de “resurrección del pacto”; que, no olvidemos, queda purificado desde el mismo momento en que uno de los otorgantes fallece.

Para encontrar el germen de la inclusión de la renuncia en la Compilación de Derecho Civil Especial de Cataluña, acaso de nuevo debamos acudir al ideario de VALLET DE GOYTISOLO. Efectivamente,

---

<sup>750</sup> PUJOL CAPILLA, P., *op. cit.*, pag. 253.

<sup>751</sup> *Ibid.*, pag. 251.

<sup>752</sup> *Ibid.*, pag. 254.

de nuevo este autor, adelantándose a la promulgación de la Compilación de Derecho Civil Especial de Cataluña, se manifestó sobre la cuestión de la revocabilidad y renuncia del pacto, a la luz de su última tesis, esto es, que el mismo constituía un fideicomiso contractual.

Lo que consideró primordial VALLET, hasta el punto de alertar a los codificadores del Derecho de Cataluña, fue que no podía en modo alguno dejarse depender la eficacia del pacto de supervivencia de la voluntad exclusiva de uno de los compradores, de modo que se pudiera renunciar en vida de forma unilateral a los efectos del pacto, ni tampoco contando uno de los adquirentes con el consentimiento del vendedor; la importante era dejar claro que la eficacia del pacto no pudiera destruirse sin contar con el consentimiento de ambos cónyuges<sup>753</sup>.

Ahora bien, tras señalar esto, no dudo en afirmar que “ni siquiera creemos conveniente admitir la renuncia previa de los derechos que sobre la totalidad de la cosa comprada puedan corresponder al sobreviviente de los compradores, a no ser que sea convenida recíprocamente, o bien si es hecha por el sobreviviente cuando haya premuerto el otro comprador”<sup>754</sup>.

De lo influyentes o no que fueron sus conclusiones, da buena prueba tanto la redacción del derogado artículo 62 de la Compilación, como la del vigente artículo 231-15.3:

*En caso de renuncia, se entiende que el renunciante no ha adquirido nunca la participación del premuerto.*

Ahora bien, tras todo lo dicho, los puntos de vista resumidos y las críticas vertidas, algo más se puede decir.

Mi pensamiento es que la regulación actual, al contrario de lo que opina buena parte de la doctrina, responde exactamente aquello que se ha denunciado con renovado énfasis: el encuadramiento de las compras

---

<sup>753</sup> VALLET DE GOYTISOLO, J.B., “Las compras con pacto...”, *op. cit.*, pag. 310.

<sup>754</sup> *Ibidem*.

con pacto de supervivencia dentro del derecho sucesorio. Sólo de este modo tiene sentido que, al igual que cuando se indica que debe computarse en la herencia del premuerto su mitad indivisa a fin de no perjudicar las legítimas, o cuando se ordena su imputación en la cuarta viudal, aquí se refiriera al derecho que tiene todo heredero o legatario a renunciar<sup>755</sup> a aquello a que se le ha dejado por medio de una disposición *mortis causa*.

Varios motivos me llevan a considerarlo así:

En primer lugar, pensemos en su nueva reubicación: en vez de situar la renuncia como una causa más de extinción, se la ha situado en el mismo párrafo que sanciona las limitaciones derivadas de la computación para cálculo de legítima y cuarta viudal, e imputación en esta, lo cual no hace, a mi juicio, sino resaltar su naturaleza *mortis causa*: es decir, vincular dicha renuncia no con la posibilidad genérica del artículo 6.2. del Código Civil, sino con la más concreta renuncia o repudiación de derechos hereditarios.

Por otra parte, hemos de pensar que, si efectivamente el pacto de supervivencia se consumara con efectos *inter vivos* y desde el momento mismo de celebrarse la venta, quedando en suspenso sus efectos al fallecimiento de uno de los otorgantes, la renuncia no tendría sentido alguno, efectivamente, pues se habrían aceptado los efectos desde la misma celebración. Es decir, estaríamos, realmente, en ese criticado supuesto de *res nullius*. Pero realmente esto no debe ser entendido así, pues cualquiera, dentro de los límites legales, puede renunciar a un derecho que le pertenece, sin necesidad de confirmación expresa por cada texto normativo.

En cambio, si de lo que hablamos es de un derecho sucesorio, sí tendría pleno sentido el apunte de que la renuncia implicara la no adquisición de la parte del premuerto por parte del superviviente; esto

---

<sup>755</sup> GETE-ALONSO Y CALERA, M.C., “Adquisición de la Herencia”, *Tratado de Derecho de Sucesiones*, dirigido por GETE-ALONSO Y CALERA, M.C., Tomo I, SOLE RESINA, J. (Coord.), Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2011, pag. 281. Según la autora, la repudiación o renuncia “es un acto de declaración, expreso y formal de rechazo a la delación que impide la transmisión y el consiguiente efecto adquisitivo (*omissio adquirendi*).

es, que nunca ha sido dueño de la misma, ni ha tenido derecho alguno sobre ella más que el conferido por el pacto. En definitiva, los efectos propios de las disposiciones *mortis causa*<sup>756</sup>, que es precisamente el sentido que parece darle la reciente sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 30 de septiembre de 2014<sup>757</sup>.

Ahora bien, si trasladamos tales conclusiones al pacto de sobrevivencia entendido *como pacto sucesorio*, tal libertad o posibilidad de renuncia podría entrar en conflicto con el artículo 431-14, donde se tasan los supuestos de revocación unilateral de la sucesión contractual<sup>758</sup>. En efecto, podría no parecer ni lógico ni posible que, siendo este un supuesto de sucesión contractual, se pudiera renunciar a lo pactado por uno de los cónyuges tras al fallecimiento del otro sin ningún tipo de justificación. Sin embargo, precisamente por el carácter general de dicha norma, es por lo que cobra especial sentido la precisión efectuada en el artículo 231-15.3, pues la misma actúa como excepción a la regla general, y a partir de la primacía de la regla especial sobre la general, podemos afirmar que, en lugar de un obstáculo, el inciso del citado artículo puede entenderse como un refuerzo más de su naturaleza de pacto sucesorio. Me explico:

Si el pacto de supervivencia fuera un negocio *inter vivos* y oneroso, tendríamos que aceptar los argumentos expuestos en cuanto a lo inadecuado de su inclusión; o bien apoyar la interpretación de que se

---

<sup>756</sup> Recuerdo que, al situar el pacto de supervivencia en el derecho sucesorio, mi interpretación es que constituye un pacto sucesorio de atribución particular.

<sup>757</sup> Véase especialmente fundamento de derecho tercero. En el mismo se establece que resulta *indiscutible y notorio* que tras la renuncia al pacto de sobrevivencia del local litigioso, este pasó a formar parte de la masa hereditaria, de modo que la renuncia actuó en el sentido de eliminar la transmisión a favor del cónyuge superviviente, que mantuvo la mitad que le pertenecía en titularidad exclusiva por la compraventa original, mientras que la otra mitad, propiedad del fallecido, paso a formar parte de la herencia.

<sup>758</sup> **Artículo 431-14.** Revocación por voluntad unilateral.

Los otorgantes de un pacto sucesorio pueden revocar unilateralmente el pacto o, si procede, las disposiciones que contiene:

- a. Por las causas pactadas expresamente.
- b. Por incumplimiento de las cargas impuestas al favorecido.
- c. Por imposibilidad de cumplimiento de la finalidad que fue determinante del pacto o de alguna de sus disposiciones.
- d. Por el hecho de producirse un cambio sustancial, sobrevenido e imprevisible de las circunstancias que constituyeron su fundamento.

trata de una renuncia al derecho de acrecer en la parte del premuerto.

Sin embargo, si defendemos su naturaleza sucesoria, entendemos que, de no haberse incluido la posibilidad de renuncia, el cónyuge sobreviviente nunca podría efectuarla, tanto por la propia normativa contenida en el resto del articulado dedicado al pacto de supervivencia, como por los artículos 431-14 y 431-30, el cual remite como derecho supletorio para los pactos sucesorios de atribución particular a las normas de los legados *en aquello en que sean compatibles con su naturaleza irrevocable*.

En definitiva, lo que pretendo decir es que la inclusión de la renuncia cobra sentido pleno sólo como excepción a la norma general de no repudiación de los derechos sucesorios adquiridos a través de los supuestos de sucesión contractual. Todo lo demás acentúa su inclusión bien como un error mantenido a lo largo del tiempo, bien como una superflua e innecesaria reiteración del genérico derecho a renunciar.

Por ello, a mi entender, así como por su reiterado mantenimiento en los textos normativos tras múltiples modificaciones y no pocas críticas, la renuncia a los derechos adquiridos por el pacto de supervivencia actúa como refuerzo de su carácter sucesorio.

## **5. Otras causas de ineficacia**

El artículo 231-18 del Código Civil de Cataluña no contiene la precisión de que los supuestos de extinción del pacto de supervivencia que se contienen en el mismo sean los únicos de validez reconocida por la Ley. Es decir, no constituye dicha enumeración un *numerus clausus*, por lo que otros supuestos al margen de los consignados pueden producir el mismo efecto.

Tomando como punto de partida tal situación, la doctrina ha llamado la atención sobre determinados supuestos, no contemplados por la Ley, derivados del fallecimiento de los cónyuges fuera del caso matriz contemplado por el artículo 231-15.1; en concreto, sobre la conmorienencia de ambos, y sobre la muerte dolosa de uno de ellos,

provocada por el otro (conyugidio)<sup>759</sup>.

El estudio de los efectos de la conmorienencia en relación con el pacto de supervivencia no es materia novedosa, aunque tampoco son prolijos los trabajos que atiendan a la misma<sup>760</sup>.

Ante la situación de fallecimiento conjunto de ambos cónyuges, de modo que ninguno de ellos sobreviva al otro, desaparece el requisito primordial de este pacto, el que le da nombre, de modo que el mismo devendrá ineficaz, permaneciendo en el patrimonio de cada uno de los cónyuges, a efectos sucesorios, su participación en la cosa común<sup>761</sup>.

Parece inevitable que, en caso de que se determine el fallecimiento de ambos cónyuges en el mismo momento, de modo que no pueda justificarse que uno de ellos perdió la vida antes que el otro, el presupuesto básico que define el pacto de supervivencia quede destruido: la propia supervivencia de uno de los cónyuges. La muerte aquí no produce el efecto buscado de reunir la propiedad en uno sólo de ellos, pues, al fallecer ambos a la vez, la reciprocidad impide la presencia del sujeto receptor, por lo que resulta imposible que tenga lugar.

La consecuencia de ello, como se ha señalado, es que dado que la consumación pretendida por el pacto de supervivencia no ha podido producirse, la participación adquirida por cada uno de los cónyuges compradores no se ha transmitido, de modo que pasará a integrar la masa hereditaria de la que serán partícipes sus respectivos causahabientes<sup>762</sup>.

No deja de ser significativo tras lo dicho que, en la referida encuesta efectuada por RAMONEDA Y ROCHA entre 1967 y 1968, una de las preguntas incluidas en la misma fuera referida a si, en alguna

---

<sup>759</sup> PUJOL CAPILLA, P., *op. cit.*, pags.219 a 230.

<sup>760</sup> VALLET DE GOYTISILO, J.B., "Las compras con pacto...", *op. cit.*, pags. 313 y 314; O'CALLAGHAN MUÑOZ, X., "La compraventa con...", *op. cit.*, pags. 170 y 171.

<sup>761</sup> VALLET DE GOYTISILO, J.B., "Las compras con pacto...", *op. cit.*, pag. 314: "en caso de conmorienencia de los compradores las cosas compradas con pacto de supervivencia pasan por mitad a sus herencias respectivas".

<sup>762</sup> Así lo entienden también O'CALLAGHAN MUÑOZ, X., "La compraventa con...", *op. cit.*, pags. 169; QUINTANA PETRUS, J.M., *op. cit.*, pag.906: o PUJOL CAPILLA, P., *op. cit.*, pags. 221.

ocasión, alguno de los notarios encuestados se había encontrado con una situación de conmorienencia entre los cónyuges otorgantes. La respuesta de todos ellos, como en las conclusiones se recoge, fue negativa<sup>763</sup>.

Igualmente significativo, por tratarse del colectivo que, desde el punto de vista del uso práctico del derecho, más ha atendido al uso y efectos de esta institución, es que a la siguiente pregunta acerca de cuál creían que era la solución aplicable, todos, salvo uno, respondieron en el idéntico sentido expuesto: ausencia de transmisión entre ellos, de modo que la mitad indivisa de cada uno pasaba a formar parte de su haber hereditario<sup>764</sup>.

Respecto del supuesto de **conyugidio**, el enfoque con que se afronte la naturaleza jurídica del pacto de supervivencia, de nuevo, dará lugar a que podamos optar por una suerte de soluciones, o por otras.

Desde aquellas concepciones que parten de que el pacto de supervivencia constituye un negocio *inter vivos*, el fallecimiento de uno de los cónyuges provocado por el otro impide acudir a las causas de indignidad, propias del derecho sucesorio, a fin de evitar los indeseables efectos que de tan atroz situación se dimanen, esto es, la consolidación de la propiedad en manos del cónyuge supérstite y asesino. Por ello, se ha acudido bien a la aplicación del último párrafo del artículo 62 de la Compilación, por analogía, equiparando la situación del homicidio o asesinato con las crisis matrimoniales, o bien al artículo 1256 del Código Civil, haciendo también una interpretación extensiva del precepto, al indicarse que los efectos de un negocio jurídico no pueden dejarse al arbitrio de una de las partes: al constituir el pacto de supervivencia, desde su punto de vista, un negocio aleatorio, toda incertidumbre desaparece desde el momento en que uno de los

---

<sup>763</sup> RAMONEDA, R. y ROCHA, X., “Resultado de una encuesta”, *op. cit.*, pag. 4.

<sup>764</sup> *Ibid.*, pags. 4 y 5. El único notario disidente opinó que debía entenderse la adquisición a favor del cónyuge más joven, por considerarla “más conforme a la institución”. No obstante tal apreciación, reconoció a su vez que lo más normal sería aplicar el artículo 33 del Código Civil, y considerar que no se había producido transmisión alguna.



otorgantes provoca la muerte del otro<sup>765</sup>.

Ahora bien, dado que mi punto de vista es precisamente el contrario, esto es, que constituye un caso especial de pacto sucesorio de atribución particular, resulta claro que me parece lógico examinar esa vía. Para ello, nada más sencillo que acudir al artículo 412-3 letra a., del Código Civil Catalán, donde se recoge como **causa de indignidad** haber sido condenado por sentencia firme por haber matado o intentado matar al causante.

Siendo esto así, y poniéndonos en situación, pienso que en los casos en que exista sospecha de que uno de los cónyuges ha acabado con la vía del otro, sospecha que debe materializarse en la existencia de un proceso penal abierto en su contra, lo más prudente sería dejar en suspenso los efectos del pacto de supervivencia hasta que recaiga sentencia firme, momento en el cual se podría determinar la eficacia o la ineficacia por indignidad del mismo.

Caso más complejo, sin duda, será aquel en el que, tras acreditarse la muerte y demás requisitos exigidos por el Registro a fin de proceder a la inscripción de la purificación del pacto, pase un lapso de tiempo hasta que se inicien las pesquisas que deriven en un procedimiento judicial y, finalmente, una sentencia condenatoria.

De cualquier modo, en definitiva, el único requisito exigible, pues, para determinar el conyugidio como causa de extinción del pacto, en un momento u otro, es la existencia de una sentencia firme de carácter condenatorio.

Finalmente, creo que merece la pena destacarse como la doctrina ha llamado la atención sobre la extinción del pacto de supervivencia

---

<sup>765</sup> QUINTANA PETRUS, J.M., *op. cit.*, pag.906, nota pie de página 34. Estas inquietudes aparecen también recogidas en la obra de PUJOL CAPILLA, P., *op. cit.*, pags. 224 y 225, quien, mostrándose poco convencida de la viabilidad de la aplicación analógica a partir de los casos de crisis matrimonial, y estando de acuerdo en la naturaleza *inter vivos* de la institución, celebró la solución de acudir al 1256 del Código Civil como la opción más acertada. Dicha autora comparte la opinión de que la provocación de la muerte por parte de uno de los celebrantes destruye el requisito del azar inherente y necesario a todo contrato aleatorio, siendo consecuencia de ello no sólo la ineficacia del pacto, sino su misma inexistencia.

como consecuencia de la nulidad, resolución o cualquier otra causa de extinción de la compraventa<sup>766</sup>.

En efecto, dado que el pacto de supervivencia existe y se mantiene en relación exclusiva y dependiente con el bien adquirido mediante el negocio previo junto con el cual se celebra en el mismo título, parece fuera de toda duda que, en caso de que dicho negocio adquisitivo, por el cual los cónyuges recibieron la propiedad de la cosa sujeta al pacto de supervivencia, quedara sin efecto, *volviendo la propiedad a su titular original*, el pacto cesaría en todos sus efectos y desaparecería, pues sería en todo punto un sin sentido pretender la existencia de cualquier derecho de supervivencia entre unos cónyuges que no son propietarios del bien en cuestión.

## **II. Embargo y concurso**

De los cuatro artículos que el Código Civil de Cataluña dedica a las adquisiciones efectuadas con pacto de supervivencia, uno de ellos, el 231-17, se refiere en exclusiva a la regulación de los efectos del embargo y el concurso sobre dichas adquisiciones. Precepto que se complementa con el 231-18.1 del Código Civil de Cataluña, en cuanto define ambos supuestos como causas de extinción de los efectos del pacto de supervivencia.

Tal prevención podría resultar sorprendente si tenemos en cuenta que el embargo puede predicarse de prácticamente cualquier adquisición, sin que se requiera una atención específica, así como que su inclusión como causa de ineficacia del pacto de supervivencia no se produjo hasta la reforma de 1993, que la introdujo en el artículo 25. 1. 4º. Sin embargo, el exceso de previsión del legislador catalán tiene un claro sentido a la luz de la problemática asociada al embargo y al concurso en relación con el pacto de supervivencia; esto es, el choque

---

<sup>766</sup> CONDOMINES POLL, E., *op. cit.*, pag. 1323. Afirma que “aunque sea obvio, el pacto de supervivencia, como una forma de adquisición derivado de un contrato de compraventa, quedaría sin efecto por la nulidad, resolución o cualquier otra causa de extinción de la compraventa”.

de dos derechos incompatibles y dignos de protección: por un lado, el del cónyuge no deudor a adquirir la cosa comprada con pacto de supervivencia, en caso de premoriencia del otro cónyuge; y por otro, el del acreedor a ser satisfecho de la deuda existente.

Por ello, lo realmente sorprendente no es que más de una cuarta parte de la regulación específica destinada al pacto de supervivencia regule los efectos del embargo y del concurso, sino más bien que se tardara tanto en atender a la misma. Y es que durante todo el periodo previo a la citada modificación de 1993, el legislador se mantuvo en silencio sobre las consecuencias del embargo, por lo que fueron las resoluciones de los Tribunales catalanes y de la Dirección General de Registros y del Notariado los únicos medios a través de los que se determinó el alcance y efectos de dicho embargo.

Se hace evidente, pues, la progresiva preocupación del legislador catalán sobre un tema tan conflictivo, máxime si tenemos en cuenta, por un lado, la doble orientación jurisprudencial del Tribunal Superior de Justicia; y por otro, la incidencia de la Ley Concursal sobre una materia propia del derecho foral catalán.

En consecuencia, parece lo oportuno exponer la evolución de esta causa de extinción en función de su desarrollo a lo largo del tiempo, antes de detenernos en su concreta regulación y efectos.

### **1. Soluciones previas a la Ley 8/1993, de 30 de septiembre, de modificación de la Compilación en materia de relaciones patrimoniales entre cónyuges**

Del remoto origen de este problema da buen testimonio la resolución de la Dirección General de Registros y del Notariado de 24 de abril de 1918. En la misma, se partió de la situación de que existía una deuda de la que únicamente uno de los cónyuges otorgantes del pacto de supervivencia era deudor. Frente a tal deuda, el acreedor de la misma exigió el embargo del bien adquirido con pacto de sobrevivencia, siendo la solución adoptada porque dicho embargo afectaría a la

integridad del bien en caso de premoriencia del cónyuge no deudor, con lo que el acreedor haría suya la totalidad del bien sujeto al pacto de supervivencia; pero en caso contrario, esto es, de fallecer primero el cónyuge deudor, sería el cónyuge no deudor el que adquiriría la totalidad de la cosa, quedando así el acreedor externo al matrimonio sometido a la aleatoriedad inherente al pacto. La Dirección General ordenó en esta resolución, además, la anotación preventiva del embargo en el Registro de la Propiedad con carácter revocable y condicional por si el esposo deudor fallecía antes que su esposa.

En resumidas cuentas, tanto el acreedor como el cónyuge no deudor quedaron sometidos al clásico juego de condición suspensiva y resolutoria, a expensas del fallecimiento de uno u otro cónyuge.

La solución, desde el punto de vista de la compra con pacto de supervivencia, es modélica, pues respeta y ampara absolutamente el derecho consolidado por el cónyuge no deudor a adquirir la totalidad del bien, según quedó pactado. Desde el punto de vista del acreedor, sin embargo, podría no parecer tan justa, pues la satisfacción del crédito pendiente quedó sometida al azar de que uno de los cónyuges falleciera antes que el otro, cuando la realidad de la deuda había sido probada, y el derecho a ser satisfecho de la misma reconocido, de modo que el acreedor podría quedarse sin ver saldada su deuda en el caso de que el patrimonio del deudor, a fecha de fallecimiento, se redujera en la mitad indivisa sometida al pacto de sobrevivencia.

Posteriormente, el 29 de diciembre de 1977, encontramos una nueva Resolución de la Dirección General de Registros y del Notariado, divergente respecto de la anterior, polémica y trascendente. En la misma, y partiendo de idéntica situación, nos encontramos con que la adjudicación de la mitad indivisa al acreedor no quedó sometida a la condición resolutoria del fallecimiento, sino que se declaró que al adjudicarse la mitad del cónyuge deudor al acreedor, como consecuencia de la deuda, se daba por extinguido el pacto de supervivencia. La justificación de tal decisión se apoyó en la aplicación

analógica de la solución dada para el mismo problema por el Código Civil para el régimen de gananciales (artículo 1373), hecho este que provocó no poco estupor en buena parte de la doctrina. Y es que trasladar sin más una regla pensada para el régimen de gananciales, con sus propias reglas estatutarias en cuanto a la distribución de cargas y establecimiento de responsabilidades, a un régimen distinto, supone introducir en el mismo una quiebra difícilmente justificable.

Pese a todo, la solución no sólo fue mantenida como criterio válido en caso de conflicto, sino que el legislador catalán se inspiró claramente en ella a la hora de regular los efectos del embargo en la citada reforma de 1993, según veremos.

En relación con el tratamiento en sede judicial de la institución, dos son las sentencias que recogen la problemática que nos ocupa.

La primera de ella es la del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 14 de junio de 1990, que exponía lo siguiente:

*De las diversas soluciones expuestas a grandes rasgos, pues siempre cabría añadir matices, parece la más adecuada al caso de autos (en el que la compra con pacto de sobrevivencia se hizo constar en el Registro de la Propiedad y tuvo lugar varios años antes de concertarse el crédito determinante de la ejecución correspondiente a deuda privativa del esposo), la que admite el embargo de la mitad indivisa perteneciente al cónyuge ejecutado y su derecho expectante a la otra mitad, de tal modo que el adjudicatario adquiere la titularidad de ambos, pero sin que pueda ejercitar la división de la comunidad, y producido el evento de la muerte de un cónyuge, si el sobreviviente es el no deudor, el adjudicatario pierde todo derecho sobre la cosa que pasará a pertenecer en su integridad al consorte sobreviviente, y si aquél es el premuriendo, entonces el adjudicatario pasará a ser propietario en exclusiva del bien, desapareciendo la condición resolutoria en cuanto a una mitad y operar por cumplimiento la condición suspensiva respecto de la otra mitad. No cabe admitir la posibilidad de pedir la división de la comunidad porque*

*ello implicaría tanto como privar al cónyuge no deudor de una posición jurídica por causa de deudas ajenas, y cuando menos dificultar notoriamente la operatividad en su día de los derechos sobre la cosa. Empero esa posición jurídica no es obstáculo a la introducción del tercero en la comunidad pues son compatibles los respectivos derechos de disfrute, utilización y administración, en el ámbito de una propiedad plúrima total.*

Como vemos, una de las consecuencias más relevantes que se derivan de esta sentencia es que, al ocupar el acreedor la situación que el deudor tenía en esta especial comunidad, se mantiene la limitación de no poderse solicitar la división de la cosa común antes de que se verifique el fallecimiento de uno u otro de los cónyuges, lo que supone la formación de un condominio muy particular.

La segunda resolución es la sentencia de la Audiencia Provincial de Girona de 6 de febrero de 1996, que sigue fundamentalmente la antes citada del Tribunal Superior de Justicia, en cuanto señala:

*Por lo dicho, creemos, siguiendo el criterio del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya, mantenido en Sentencia de 14 junio 1990 (RJ 1992/2577 ), que siendo incuestionable la posibilidad de embargar el derecho actual del marido sobre la mitad indivisa ideal de la finca, no puede ignorarse el derecho expectante del cónyuge no deudor, titular de la otra mitad, respecto del cual la limitación que se aplica al embargo actúa como mecanismo protector; no constituyendo dicha limitación un quebranto del principio de responsabilidad patrimonial universal que establece el art. 1911 CC, sino que es una consecuencia de la regla de que sólo es susceptible de ser embargado lo que forma parte del patrimonio del deudor, sin que puedan afectarse derechos pertenecientes a terceros ajenos al proceso de ejecución que de otra forma se verían condenados sin ser oídos.*

Entre las aportaciones de esta sentencia, dos nos llaman la

atención:

En primer lugar, la justificación de que el acreedor ve condicionado su derecho a ser satisfecho en función de la inscripción registral del pacto de supervivencia:

*El hecho de que la adquisición con pacto de supervivencia tenga reflejo en la inscripción registral de la finca, enerva la posibilidad de desconocimiento por parte del tercero acreedor, cuyo derecho sobre la cosa derivado del embargo trabado sobre la misma, lo asume con el gravamen de la facultad expectante que impone el pacto de sobrevivencia, por lo que en circunstancias normales no queda defraudado su derecho más allá de lo que indica la publicidad registral.*

En efecto, parece lógico que como consecuencia del principio de prioridad, así como de la función que cumple en nuestro orden la publicidad registral, el destino de un bien inmueble, prefijado con anterioridad por los adquirentes en virtud del pacto de supervivencia, debiera prevalecer frente a un posterior embargo sobre un bien cuyo titular estuviera pendiente de ser determinado.

En segundo lugar, cabe destacarse la justificación de que la reforma de 1993 no tiene aplicación retroactiva dado su carácter modificador, y no interpretador:

*No considera la Sala que la Llei 8/1993, de 30 septiembre, de modificación de la Compilación en materia de relaciones patrimoniales entre cónyuges, al establecer la extinción del pacto de supervivencia por la ejecución de deudas de uno de ellos, tenga un carácter interpretador de la institución, en cuyo caso sería de aplicación retroactiva, pues siendo clara la exposición de motivos, que le atribuye una finalidad modificadora, cabe más pensar que la voluntad del legislador ha ido encaminada a atemperar las directas consecuencias jurídicas de la institución, que llevaban a lo que ya se ha razonado, para ajustarlas a*

*las circunstancias sociológicas que clamaban por la solución normada, frente al alcance que hasta el momento adquiriría, en virtud de su configuración jurídica; pero esto no se ha hecho a través de una norma interpretativa, sino modificadora, con finalidad de adecuar a la realidad actual esta institución de origen consuetudinario y notarial.*

A raíz de lo expuesto, podemos distinguir fácilmente las dos antagónicas corrientes desarrolladas a la hora de resolver la situación de embargo: una primera que parte de la resolución de 1918 de la Dirección General de Registros y del Notariado, favorable a mantener al acreedor en la posición del cónyuge deudor, quedando en consecuencia su derecho expectante hasta verificarse la premoriencia del cónyuge deudor para poder ser satisfecho; y otra que se fundamenta en la resolución del mismo órgano de 1977, partidaria de dar por concluido el pacto, y que ha sido, según veremos, la que más calado ha tenido en el legislador posterior, influyendo decisivamente en el tratamiento de la institución

## **2. La reforma de 1993 y el Código de Familia de 1998**

El legislador catalán, sorprendentemente, no se mostró preocupado por los efectos del embargo hasta 1993. La promulgación de la Ley 8/1993, de modificación de la Compilación en materia de relaciones patrimoniales entre cónyuges, supuso, en efecto, la primera regulación legal de las consecuencias del embargo. El artículo 25. 1. 4º determinaba que el pacto de supervivencia sería ineficaz:

*Por la adjudicación derivada del embargo hecho efectivo sobre el derecho de uno de los cónyuges, embargo que deberá ser oportunamente notificado al otro cónyuge.*

El contenido de dicho artículo 25. 1. 4º no es muy diferente del 46. 1. d) del derogado Código de Familia, de modo que la principal



novedad de este aparece en el artículo 47, que detalla y amplía el contenido y efectos de aquel artículo:

**Artículo 46. Extinción.**

1. *El pacto de supervivencia se extingue por:*

- *La adjudicación de la mitad del bien como consecuencia del embargo establecido en el artículo 47.*

2. *En los casos a que se refiere el apartado 1 y en los tipificados en el artículo 45, salvo que se estipule de otro modo, la ineficacia y extinción del pacto de supervivencia determinan la cotitularidad de los cónyuges, o del cónyuge sobreviviente y de los herederos del premuerto, o bien del cónyuge no deudor y del adjudicatario de la mitad del cónyuge deudor, en pro indiviso ordinario.*

**Artículo 47. Embargo.**

1. *El acreedor de uno de los cónyuges por deudas propias o por deudas familiares puede solicitar el embargo sobre la mitad que el deudor tiene sobre los bienes comprados con pacto de supervivencia.*

2. *El embargo debe notificarse al cónyuge que no sea parte en el litigio.*

Según vemos, la regulación contenida en el Código de Familia es heredera directa de la solución dada en 1993, que a su vez está inspirada en la resolución de 1977 de la Dirección General de Registros y del Notariado. Como ya hemos comentado, ante la dualidad de intereses por defender, el legislador se decantó por proteger al acreedor, determinando, de acuerdo con lo establecido en el artículo 46.3, la cotitularidad en *pro indiviso* ordinario del cónyuge no deudor y del adjudicatario de la mitad del cónyuge deudor, y la supresión del derecho del cónyuge no deudor a adquirir la totalidad del bien adquirido con pacto de supervivencia, de ser el superviviente.

Esta solución puede entenderse como un verdadero lastre si entendemos que tan dignos de protección son los terceros acreedores

como el cónyuge no deudor frente a un posible fraude por parte de su consorte. Más aún, puede entenderse, desde este segundo punto de vista, que el cónyuge no deudor va a ver como su derecho se ve truncado por la aparición de un tercero ajeno a la relación matrimonial, cuyo derecho se va a convertir en preferente<sup>767</sup>.

### **3. La Ley 22/2.003, de 9 de julio, Concursal**

La Ley Concursal, a la hora de determinar la composición de la masa activa del concurso, se refiere al pacto de supervivencia en su artículo 78, que en el párrafo 3 dice lo siguiente:

*3. Los bienes adquiridos por ambos cónyuges con pacto de supervivencia se considerarán divisibles en el concurso de cualquiera de ellos, integrándose en la masa activa la mitad correspondiente al concursado.*

*El cónyuge del concursado tendrá derecho a adquirir la totalidad de cada uno de los bienes satisfaciendo a la masa la mitad de su valor. Si se tratare de la vivienda habitual del matrimonio, el valor será el del precio de adquisición actualizado conforme al índice de precios al consumo específico, sin que pueda superar el de su valor de mercado. En los demás casos, será el que de común acuerdo determinen el cónyuge del concursado y la administración concursal o, en su defecto, el que como valor de mercado determine el juez, oídas las partes y previo informe de experto cuando lo estime oportuno.*

Mientras que el primer párrafo del anterior artículo no implica novedad alguna, ni modificación, respecto de lo establecido en el derogado Código de Familia, el párrafo segundo sí resultó novedoso al promulgarse, desde el momento en que concede al cónyuge del concursado la posibilidad de adquirir el bien embargado, siempre y cuando abone su valor, conteniendo además normas específicas para la

---

<sup>767</sup> PUJOL CAPILLA, P., *op. cit.*, pags. 284 y 285.

valoración de dicho bien, que son diferentes según nos encontremos ante la vivienda habitual del matrimonio o ante otro bien distinto.

Con esta regulación, la Ley Concursal confiere al cónyuge no deudor derecho a adquirir la totalidad de la cosa antes de quede definitivamente configurada la masa activa del concurso, satisfaciendo a esta del valor de la cuota del cónyuge deudor, de modo que en parte resulta beneficiado frente a los acreedores y frente a la propia regulación del entonces vigente Código de Familia, ya que, aunque pierde su derecho a recibir la mitad del bien tras el fallecimiento de su consorte, recibe la posibilidad de adquirir dicho bien con preferencia a los acreedores.

En caso contrario, esto es, si el cónyuge no deudor no ejercitara su derecho a adquirir la mitad objeto del embargo, se formaría un *pro indiviso* ordinario entre este y los acreedores, rigiéndose dicha comunidad por las normas contenidas en los artículos 552-1 y siguientes del Código Civil Catalán, de modo que tanto los acreedores como el cónyuge titular de la mitad del bien podrían pedir la división de la cosa común.

La doctrina ha alertado acerca de los riesgos que conlleva la elección del legislador, principalmente por la posibilidad de que exista un acuerdo fraudulento entre un tercero y uno de los cónyuges para extinguir el pacto mediante un embargo derivado de una deuda ficticia<sup>768</sup>.

Ciertamente, no cabe duda de que existe esta posibilidad. Sin embargo, la cuestión más importante es: ¿por qué se decanta el legislador por defender al acreedor frente al cónyuge no deudor? Y es que, aunque la Ley Concursal prevea a favor de este último el beneficio de poder adquirir la mitad del bien de forma preferente, esto no deja de ser un retroceso frente al derecho que pierde al extinguirse el pacto. Si pensamos en los motivos del origen del pacto, esto es, proteger al cónyuge más desfavorecido al hacer recaer el pacto sobre la vivienda

---

<sup>768</sup> ARNAU RAVENTOS, L., *La declaración de concurso de persona casada y la composición de la masa activa*, Atelier, Barcelona, 2006, pag. 162.

familiar, me parece que se le hace un flaco favor ofreciéndole adquirir algo que posiblemente no podrá comprar, así como sometiéndole al riesgo de que el acreedor, tan pronto como se confirme su derecho de propiedad, ejercite la *actio communi dividundo*, obligándole a vender la casa.

Por otro lado, se ha plantado por parte de la doctrina la misma legitimidad de la aplicación de la norma contenida en la Ley Concursal en Cataluña. Dado que la naturaleza de las adquisiciones con pacto de supervivencia es de naturaleza civil, de acuerdo con el artículo 148.1.8 de la Constitución y el 9.2 del Estatuto de Autonomía de Cataluña, la competencia exclusiva para legislar en esta materia es del Parlamento Catalán. Este dato es importante, porque la norma concursal va más allá de la regulación del proceso concursal, e incide directamente en el ámbito estrictamente civil. Y no sólo incide, sino que incluso, en determinadas cuestiones, se aparta de lo establecido por el entonces vigente Código de Familia. Así, mientras que en este el pacto se extingue por el embargo consumado, en la Ley Concursal parece derivarse que es la mera declaración del concurso la que determina la extinción del pacto. Y no sólo esto: al establecer la Ley Concursal la posibilidad de que el cónyuge adquiriera con carácter preferente la mitad embargada, está atribuyendo al cónyuge no deudor un derecho que poco tiene que ver con el concurso en sí, de modo que desde esta perspectiva, se incide de lleno en la regulación estrictamente civil de la institución, invadiendo competencias que corresponden al Parlamento de Catalunya<sup>769</sup>.

Se revela, pues, esencial en esta materia admitir la naturaleza civil de las adquisiciones onerosas con pacto de supervivencia, ya que a partir de la misma se puede constatar el órgano competente para dictar normas jurídicas; esto es, se determina la competencia legislativa<sup>770</sup>.

Por todo ello, y con anterioridad a la entrada en vigor del Libro II del Código Civil de Cataluña, buena parte de la doctrina se mostró

---

<sup>769</sup> ARNAU RAVENTOS, L., *op. cit.*, pag. 166.

<sup>770</sup> *Ibid.*, pag. 164.

contraria a la aplicación de la norma contenida en la Ley Concursal<sup>771</sup>.

#### **4. La regulación del embargo y el concurso en el Libro II del Código Civil de Cataluña**

La situación previamente expuesta puede entenderse en parte enmendada por lo dispuesto en el Libro II del Código Civil de Cataluña. Según hemos anunciado, el embargo y el concurso aparecen como causas de extinción en el artículo 231-18.1.c, que se complementa con el 231-17:

##### **Artículo 231-18.** *Extinción.*

2. *El pacto de supervivencia se extingue por:*

c. *Adjudicación a un tercero de la mitad del bien como consecuencia del embargo o de un procedimiento concursal.*

##### **Artículo 231-17.** *Embargo y concurso*

1. *El acreedor de uno de los cónyuges puede solicitar el embargo sobre la parte que el deudor tiene en los bienes adquiridos con pacto de supervivencia. El embargo debe notificarse al cónyuge que no es parte en el litigio.*

2. *En caso de declaración de concurso, la parte correspondiente al cónyuge concursado se integra en la masa activa. El otro cónyuge tiene derecho a sustraer de la masa esta parte satisfaciendo su valor. Si se trata de la vivienda familiar, el valor es el del precio de adquisición actualizado de acuerdo con el índice de precios al consumo específico del sector de la vivienda. En los demás bienes, el valor es el que determinen de común acuerdo el cónyuge del concursado y la administración concursal o, en su defecto, el que fije la autoridad judicial después de haber escuchado a las partes y previo informe de un experto si lo*

---

<sup>771</sup> *Ibid.* pag. 166. Para ARNAU RAVENTOS, su aplicación “implicaría tanto como permitir al legislador estatal, respecto de instituciones no tipificadas en el derecho estatal y sí previstas en algún derecho propio territorial, pudiera dictar normas para los casos no contemplados en las normas autonómicas”.

*considera pertinente.*

Como vemos, al legislador catalán condensa en el primer párrafo del 231-17 lo establecido en los dos párrafos del artículo 47 del Código de Familia, mientras que en el segundo repite casi literalmente el contenido del artículo 78.3 de la Ley Concursal. De este modo, se clarifica y matiza la situación de embargo y concurso, pues al incluirse el contenido de dicho artículo 78.3 en el Código Civil Catalán, se da por un lado satisfacción a lo demanda de una norma promulgada por el legislador catalán para regular una institución civil propia; y, por otro, se amplían las directrices referentes al concurso, resultando de todo ello una evidente conformidad con lo previamente regulado por el legislador estatal.

No deja de ser significativo, en el sentido de lo expuesto, que la regulación actual consienta que de la adquisición de un bien con pacto de supervivencia, que impide entre los adquirentes cualquier tipo de enajenación de forma individual, y aún el ejercicio de la división de la cosa común, y que parece rehuir la mención a cualquier tipo de cuota, se pueda derivar la posibilidad de un embargo sobre una parte del bien común, así como su integración en la masa activa en caso de concurso. Tal solución, entiendo, enlaza directamente con la resolución de la Dirección General de Registros y del Notariado del año 1977, que, recordamos, aplicó analógicamente las normas derivadas del régimen de gananciales. Esto puede hacernos pensar en la introducción de un elemento perturbador, acaso discordante, por parte del legislador catalán, a fin de determinar la naturaleza jurídica de la comunidad especial surgida del pacto, pues no deja de ser significativo que, tras eliminar la noción de cuotas, se decante por la adopción de un criterio ajustado el régimen de gananciales, que es precisamente aquel en que el embargo se aplica sobre un bien sometido a normas semejantes a las que definen la comunidad germánica.

No cabe pensarse, por otro lado, que el legislador actuara con falta de conocimiento, o que no estuviera prevenido. La doctrina se ha

mostrado muy crítica con la regulación contenida en el artículo 78 de la Ley Hipotecaria<sup>772</sup>, no sólo por la invasión de posibles competencias reservadas a las Comunidades Autónomas, sino también por su propia composición sistemática, dado que al párrafo 3 del citado artículo 78, referido a los pactos de supervivencia, le sigue en su párrafo 4 una regulación muy semejante para el caso de que el bien trabado fuera la vivienda habitual<sup>773</sup>.

En ambos casos, la norma concursal parece inspirada en los artículos 1406 y 1407 del Código Civil, ambos enclavados entre los preceptos destinados a regular la disolución y liquidación de la sociedad de gananciales<sup>774</sup>. Esto es, disposiciones propias de una comunidad germánica. De modo que lo que ha de llamarnos la atención aquí no es tanto que el legislador catalán se preocupara de incluir en el Código Civil de Cataluña la regla de la Ley Concursal, a fin de hacer uso de su competencia legislativa, sino que, en el ejercicio de la misma, no corrigió esta aparente contradicción o desajuste, sino que la mantuvo<sup>775</sup> y hasta pulió, sustituyendo la referencia a “mitades” por “partes”.

Más importancia tiene, a la hora de analizar los efectos extintivos del precepto citado, la referencia a la *adjudicación* como factor determinante de aquellos.

En efecto, no parece que baste con que el bien adquirido bajo los

---

<sup>772</sup> Véase por todos CUENA CASAS, M., *El concurso de acreedores de persona casada en régimen económico matrimonial de comunidad*, Civitas - Thomson, Cizur Menor (Navarra), 2008, pags. 282 a 284.

<sup>773</sup> Artículo 78 de la Ley Concursal:

4. Cuando la vivienda habitual del matrimonio tuviese carácter ganancial o les perteneciese en comunidad conyugal y procediere la liquidación de la sociedad de gananciales o la disolución de la comunidad, el cónyuge del concursado tendrá derecho a que aquélla se incluya con preferencia en su haber, hasta donde éste alcance o abonando el exceso.

CUENA CASAS, M., *op. cit.*, pag. 284. Sobre la ubicación del párrafo transcrito tras el relativo al pacto de supervivencia, la autora ha opinado que “juntar ambas regulaciones en un mismo precepto constituye, a mi juicio, un error que induce al intérprete a tratar de manera análoga situaciones dispares”.

<sup>774</sup> CUENA CASAS, M., *op. cit.*, pags. 284 y 285.

<sup>775</sup> *Ibid.*, pag.284: “El legislador no parece consciente de la distinta naturaleza que tiene una vivienda habitual ganancial con la que presenta un bien sometido a pacto de supervivencia en el marco de un régimen de separación de bienes”, criticó CUENA CASAS.

efectos del pacto de supervivencia sea trabado por el embargo o sujeto a la formación de la masa concursal, sino que, lo que efectivamente determina la extinción de la relación jurídica previa acordada en el momento de adquirir el bien, es la adjudicación a un tercero, de modo que hasta que esta no se produzca de un modo efectivo, no parece que tenga virtualidad la extinción.

En relación con el embargo, el requisito ineludible que debe producirse para que el mismo genere plenos efectos y, en consecuencia, actúe como causa de extinción del pacto, es *la notificación* al cónyuge que no es parte del litigio. De esta forma, se pone fin a la previa necesidad de establecer, procesalmente, un litisconsorcio pasivo necesario, bastando simplemente con comunicar al cónyuge no deudor el embargo<sup>776</sup>. De producirse este hecho, la situación que se derivará del mismo es la formación de un *pro indiviso* entre el cónyuge no deudor y el acreedor adjudicatario del bien, desvinculado ya del pacto de supervivencia. Lo que quiere decir que el cónyuge no deudor, sin haber tomado parte en el procedimiento, ni haber obrado de forma negligente, ni haber, en definitiva, contraído ningún tipo de deuda, verá como su expectativa queda truncada por la deuda de su cónyuge o pareja, posponiendo a un segundo plano su derecho y sacrificio, para dar prioridad absoluta al derecho del acreedor, y además todo ello en el seno de un régimen de separación, en el que incumbe poca responsabilidad por los actos del otro cónyuge.

Tal situación se ha justificado en virtud del principio de responsabilidad patrimonial del deudor, recogido en el artículo 1911 del Código Civil, ya preexistente. Sin embargo, y centrando nuestra atención en el caso prototípico, esto es, pacto de supervivencia sobre una vivienda, inscrito en el Registro de la Propiedad, no deja de ser cierto que, entendiéndose el pacto como un negocio oneroso y aleatorio, perfeccionado y expectante únicamente de ver concretada su titularidad, resulta cuando menos cuestionable tal decisión, toda vez que implica un obvio menoscabo al otro titular del pacto, cuyo derecho

---

<sup>776</sup> ARNAU RAVENTOS, L., *La declaración de concurso...*, op. cit., pag. 160.



se ve apartado de la salvaguarda que ofrece la tutela del Registro de la Propiedad.

Y es que si la fe pública registral tiene como función esencial informar del estado exacto en que se encuentra una finca, tanto en relación con sus titulares como con las cargas que pesan sobre ella, puede no entenderse que habiéndose inscrito una adquisición con pacto de supervivencia, conocida en consecuencia para todos, incluso futuros acreedores, en caso de que estos aparezcan a fin de satisfacer sus créditos, se relegue tal derecho, previamente inscrito, en virtud de una responsabilidad patrimonial que en nada afecta a su titular.

Quizá si nos planteamos el pacto de supervivencia como un pacto sucesorio, cuya realización depende del fallecimiento del titular para gozar de plena realización, podría entenderse que la cosa cambia. Y cambia porque entonces no habría un sujeto titular de un derecho a recibir como contraprestación una parte de una finca, que ha cumplido con sus obligaciones, sino solamente un acuerdo hereditario de futuro. En este sentido, cabría preguntarse si, más que una incoherencia, la actual regulación no hace sino obedecer a esa corriente subterránea que creo ha guiado al legislador catalán, ya anunciada, a través de la cual se pretende encauzar el pacto a este terreno.

En cuanto a la declaración de concurso, las normas establecidas por el Código Civil, como he apuntado previamente, se hacen eco de un modo casi literal de la regulación de la Ley Consursal, aunque con pequeñas diferencias.

La Ley Concursal aclara en su artículo 2, párrafos 1 y 2, que la declaración de concurso procederá en aquellos casos en que se produzca la insolvencia del deudor común, situación que se manifestará cuando este no pueda hacer frente de forma regular a sus obligaciones exigibles.

No siendo esta la sede adecuada para extendernos sobre la creciente problemática derivada del endeudamiento familiar, ni tampoco sobre la falta de una normativa adecuada específica en la Ley Concursal

relativa al endeudamiento de la persona física, y más en concreto de las familias, toda vez que dicha Ley ha sido desarrollada teniendo en mente la insolvencia de las empresas en cuanto personas jurídicas, y especialmente sociedades<sup>777</sup>, sí merece la pena que nos detengamos, aunque sea brevemente, en las dificultades que entraña para la formación de la masa activa que el concursado sea un cónyuge casado bajo una forma matrimonial de régimen de comunidad.

En tales situaciones, la dificultad proviene de la ausencia de una cuota específica de que sea titular el cónyuge deudor sobre el bien o los bienes que integran la comunidad matrimonial. En efecto, dado que sólo uno de los cónyuges es el deudor, no puede acudir directamente a incluir en la masa activa su participación en ese bien o bienes, puesto que dicha cuota no existe como tal<sup>778</sup>. Esta es la situación que se produce en la sociedad de gananciales, en el régimen de comunidad de bienes catalán y, a día de hoy, también en las adquisiciones onerosas con pacto de supervivencia, siempre y cuando entendamos que, con la supresión de la referencia a mitades o partes iguales, se está fundamentando la constitución de una comunidad de corte germánico.

La solución que, frente a esta situación, adoptó la Ley Concursal, es la consignada en el artículo 77.2, de acuerdo con la cual se procederá a incluir en la masa activa los bienes comunes cuando deban responder de las obligaciones del concursado, pero facultando al cónyuge no deudor para que pueda solicitar la disolución de la comunidad conyugal, siendo el juez quien acordará el modo en que la misma se disuelva o liquide, de forma coordinada con el convenio o liquidación del concurso.

Tal solución, genérica en su aplicación, como hemos dicho, para cualquier situación en que el régimen económico matrimonial del cónyuge deudor fuera el de la sociedad de gananciales o cualquier otro régimen de comunidad, sin embargo, no es la que se predica ni del 78.3 de la Ley Concursal, ni del 231-17.2 del Código Civil de Cataluña, para

---

<sup>777</sup> En este sentido, véase CUENA CASAS, M., *op. cit.*, págs. 13 a 31.

<sup>778</sup> *Ibid.*, pag.33.

las adquisiciones efectuadas con pacto de supervivencia. Efectivamente, ambos textos consagran que, en caso de producirse la declaración de concurso, será únicamente la parte correspondiente al cónyuge concursado la que se integre en la masa activa, pero dejando a salvo el derecho del otro cónyuge a sustraer de la masa esta parte, satisfaciendo su valor.

Cabe recordarse, por un lado, que cuando entró en vigor la Ley Concursal, en el año 2003, el pacto de supervivencia permanecía reservado únicamente para los matrimonios regidos por el sistema de separación de bienes o de participación en las ganancias; pero la redacción del Código Civil de Cataluña sí contaba con la novedad de su ampliación subjetiva a matrimonios sujetos a cualquier régimen. Por ello, es relevante que el legislador catalán optara por mantener el sistema acuñado por el legislador estatal, introduciendo simplemente un par de correcciones.

Desde este punto de vista, no deja de ser significativo que allí donde el artículo 78.3 de la Ley Concursal especifica “la mitad correspondiente al concursado”, el Código Civil de Cataluña eluda tal concreción en la cuota y se refiera a “la parte correspondiente al cónyuge concursado”.

Si fijamos en un mismo plano interpretativo esta indicación junto con las genéricas alusiones del artículo 231-15 en sus párrafos 1 (“adquisición conjunta de bienes”) y 3 (“la adquisición de la participación del premuerto”), así como del 231-17.1 (“el embargo sobre la parte que el deudor tiene”), veremos que se pone evidentemente de manifiesto la voluntad del legislador no sólo de eludir la mención a cuotas, sino también de evitar la necesidad de equidad entre las mismas.

A salvo queda para opinar de modo diferente, claro está, el desconcertante remate del 231-18.2, en relación con la letra c) del apartado 1 del mismo artículo, ya que, tras consignarse en la primera parte de la oración la existencia de un *pro indiviso* ordinario en caso de extinción o ineficacia del pacto, acorde con la alusión a cuotas, iguales

o desiguales, previa, irrumpe en el cierre la abrumadora referencia al “adjudicatario de *la mitad* del cónyuge deudor”, que desde luego da pie a todo tipo de interpretaciones.

Sin ánimo de ser reiterativo, me refiero con todo esto, claro está al problema de la naturaleza de la comunidad, pero especialmente a la posibilidad de que sea otorgado el pacto por adquirentes con cuotas desiguales<sup>779</sup>.

Dado que la actual regulación del Código Civil de Cataluña exige que la adquisición sea conjunta, pero no determina en qué proporción, de darse el caso de que aquella se efectuara con cuotas desiguales, deviniendo luego uno de los adquirentes en una situación de embargo o concurse, ¿hemos de entender que la misma no constituye ya una causa de extinción, al no ajustarse al requisito de adjudicación a un tercero de la *mitad* de un bien?

La pregunta puede parecer de lo más cándida, pues en absoluto parece que sea esa la intención del legislador; pero sirve para poner de manifiesto la contradictoria redacción del actual articulado.

Tal contradicción nos conduce de nuevo a centrar el debate en la naturaleza de la comunidad surgida del pacto, y en la soterrada intención del legislador catalán de asemejar lo máximo posible el sistema de esta adquisición a la comunidad germánica. Pero, de ser esto así, ¿por qué mantuvo la solución previa de la Ley Concursal, pensada de un modo bastante obvio para el sistema de separación de bienes?

La solución acaso debamos buscarla en la difusa frontera existente entre la pretendida novedad del legislador catalán y lo hondo de las raíces consuetudinarias de esta institución.

En el fondo, da la sensación de que a la hora de legislar este aspecto, el legislador, en lugar de buscar romper con la construcción previa y decantarse de un modo decidido por la naturaleza germánica que confiere el pacto de supervivencia a la comunidad surgida de la

---

<sup>779</sup> Defiende esta interpretación GARRIDO MELERO, M., *op. cit.*, pag. 311. *Vid supra*, Capítulo Cuarto, apartado I, subapartado 3.3.2.

adquisición, echó la vista atrás y recordó los estudios pioneros de esta institución, en los que una y otra vez se repitió que la causa real de la misma estaba en la protección de los cónyuges.

Sólo desde este punto de vista se entiende que el pacto de supervivencia suponga una excepción tan obvia al contenido genérico del artículo 77.2, dado que su contenido incide en priorizar la voluntad del cónyuge no deudor, a fin de que se vea perjudicado lo menos posible al darle la opción de adquirir de forma previa al desarrollo del concurso el bien sujeto al pacto, *sea el que sea*. Y cuando digo sea el que sea, lo digo porque, si bien el 231-17.2 contiene normas precisas para la valoración de los inmuebles en caso de que constituyan la vivienda familiar, no exige para el resto de los casos que dichos bienes tengan naturaleza mobiliaria o inmobiliaria. Es decir, en cualquier caso, incluso aunque no se trata del domicilio conyugal, el cónyuge tiene la opción de adquirir el bien sujeto al pacto.

Tal beneficio nos lleva de lleno a otra cuestión, igualmente relevante: la de la naturaleza jurídica de tal derecho de adquisición. La doctrina, en esta cuestión, como en tantas otras relacionadas con esta institución, tampoco parece ponerse de acuerdo.

El punto de partida para el debate, al menos, sí parece claro: tanto de conformidad con el artículo 78.3 de la Ley Concursal como con el artículo 231-17.2 del Código Civil Catalá, el cónyuge no deudor puede adquirir la cuota del concursado a través de una declaración de voluntad unilateral y recepticia, debiendo como requisito para ello abonar el valor de la cuota<sup>780</sup>.

Pues bien, de forma dominante la doctrina<sup>781</sup> opina que tal ejercicio constituye un derecho de adquisición preferente de origen legal<sup>782</sup>, en el que el valor de la cuota del concursado equivale al precio, por lo que tal adquisición tendrá carácter oneroso. Una vez pagado dicho precio, se producirá la consolidación del pleno dominio en el

---

<sup>780</sup> NAVAS NAVARRO, S., *Concurso de Acreedores y Pacto de Supervivencia*, Tirant lo Blanc, Valencia, 2013, pag. 45.

<sup>781</sup> NAVAS NAVARRO, S., *op. cit.*, pag. 49.

<sup>782</sup> Véase, por todos, ARNAU RAVENTOS, L., *op. cit.*, pag. 155.

cónyuge no deudor. Dado que este derecho tiene lugar una vez la cuota del concursado ha quedado integrada en la masa activa, se determinará a la vez su exclusión de la misma y la extinción del particular condominio formado<sup>783</sup>.

Sin embargo, tal concreción no está exenta de complicaciones, dado que las condiciones de su ejercicio dan pie a otro tipo de interpretaciones.

En efecto, partiendo del momento en que dicho derecho ha de ser ejercitado, esto es, en la fase de determinación de la masa activa, y teniendo en cuenta que, en consecuencia, aún no es posible saber si la situación de concurso podrá resolverse en virtud de un convenio, o bien procederá abrirse la fase de liquidación, otra parte de la doctrina ha concluido que tal derecho se acerca al de opción<sup>784</sup>.

A favor de esta tesis se ha esgrimido que dicha adquisición se efectúa por la voluntad unilateral del cónyuge no deudor, quien podrá “sustraer de la masa” la parte correspondiente a su cónyuge; en consecuencia, el titular de la misma no puede oponerse al ejercicio de tal derecho, de modo que queda obligado a transmitir la propiedad<sup>785</sup>.

Igualmente se ha dicho que tal modo de adquirir nunca sería “preferente”, pues no nos encontramos ante una situación planificada de transmisión, frente a la cual el cónyuge no concursado tenga preferencia. Acertadamente, se ha señalado, por un lado, las limitaciones que existen entre los cónyuges a la hora de transmitir un bien sujeto al pacto de supervivencia, que imposibilita que uno de los adquirentes pueda transmitir su cuota sin contar con el consentimiento del otro; y, por otro lado, el carácter del derecho ejercitado por el no deudor, que en ningún caso es un derecho de crédito, sino que se deriva de su propia condición de adquirente bajo los efectos del pacto de supervivencia, de modo que no ocupa un mismo plano junto a los acreedores en virtud del sistema de prelación de créditos, sino que su

---

<sup>783</sup> ARNAU RAVENTOS, L., *op. cit.*, pag. 155.

<sup>784</sup> *Ibidem*.

<sup>785</sup> NAVAS NAVARRO, S., *op. cit.*, pag. 47.

derecho tiene otra naturaleza diferente<sup>786</sup>.

Incluso se ha afirmado la diferente naturaleza del derecho del cónyuge no deudor, según nos atengamos al 231-17.2 del Código Civil de Cataluña o al 78.3 de la Ley Concursal<sup>787</sup>.

Sea un derecho de adquisición preferente o un derecho de opción de origen legal, la cierto es que el efecto perseguido será el mismo: la adquisición por parte del cónyuge no deudor de la parte correspondiente al concursado, excluyendo la misma de la masa activa que conformará al procedimiento concursal, atendiendo exclusivamente a su propia voluntad, y capacidad económica, de proceder a tal adquisición. Y todo ello en virtud de la propia naturaleza del pacto de supervivencia.

Tanto desde el punto de vista de la Ley Concursal como del Código Civil de Cataluña, se trasluce una evidente preocupación por el cónyuge no deudor, de modo que, sin primar el derecho resultante del pacto de supervivencia, se busca no dejarlo sin ningún efecto. Por ello, se autoriza al cónyuge para poder proteger del concurso el bien adquirido de tal forma, como un modo extraordinario de evitar su paso a la masa concursal, y obligarle a compartir un condominio con los acreedores. Y es que, importante es resaltarlo, la opción que se le da no tiene carácter imperativo, sino potestativo, de modo que es el propio cónyuge quien tiene en exclusiva la capacidad de decidir qué es lo que cree más conveniente para sí, en dicho momento.

De lo que no quedan tampoco dudas, por otro lado, es de que tanto si procede una forma como si actúa de la otra, el efecto será el mismo: la comunidad especial surgida del pacto quedará extinguida, y aquel dejará de producir los efectos que le son inherentes, quedando así

---

<sup>786</sup> *Ibid.*, pag. 49.

<sup>787</sup> *Ibid.*, pag. 50. Afirma en tal sentido NAVAS NAVARRO que, en el primer caso, existe “un derecho de opción de origen legal que otorga a su titular la facultad de adquirir una cuota de la titularidad del bien, del que es, a su vez, cotitular. En cambio, el art. 78.4 LC no es un derecho de opción puesto que consiste en una operación particional que afecta a la fase de adjudicación de los bienes que componen el patrimonio ganancial”.

definitivamente extinguido.

## **5. El embargo desde la perspectiva del pacto de supervivencia como pacto sucesorio sobre cosa cierta**

Tras lo expuesto hasta aquí, podríamos plantear la siguiente cuestión: ¿son estas normas concursales válidas y coherentes con nuestro planteamiento de que el pacto de supervivencia es un pacto sucesorio sobre cosa cierta?

Para dar respuesta a esta cuestión, podríamos acudir al artículo 431-30 del Código Civil Catalán, donde se regulan los efectos de los pactos sucesorios de atribución particular. En su párrafo 2, encontramos:

*Si el bien atribuido se pierde o se deteriora por causa imputable al causante o este lo enajena o lo grava contraviniendo a lo establecido por el apartado 1, el favorecido puede exigir al heredero su valor, salvo, en caso de deterioro o de gravamen, que el heredero esté en condiciones de cumplir en los términos convenidos.*

La clave, a nuestro entender, está en la salvedad contenida en este párrafo para que en caso de gravamen no consentido pueda exigir el heredero el valor de la cosa sobre la que recayó el pacto sucesorio, ya que por el mismo no podrá ser entregada. El heredero podrá exigir su valor *salvo, en caso de deterioro o de gravamen, que el heredero esté en condiciones de cumplir en los términos convenidos.*

Como estos “términos convenidos” podría ser considerada la regulación directa del pacto de supervivencia, a la que quedan sometidos ambos cónyuges de forma necesaria al incluir dicho pacto en una compraventa o, en el futuro, en cualquier adquisición. Al incluir el pacto y quedar sujetos a sus reglas específicas, en caso de embargo de la mitad de uno de ellos habrá que acudir a los artículos 231-17 y 231-18 del Libro II del Código Civil Catalán.



Desde esta perspectiva, no parece que en nada se atente contra la naturaleza sucesoria del pacto de supervivencia: tras su inclusión en una compraventa, en caso de que uno de los cónyuges entre en un concurso de acreedores, de forma que su mitad indivisa quede embargada, el pacto se extingue y, por la especial naturaleza y regulación de dicho pacto, el cónyuge no deudor deberá defender sus derechos en base a las reglas específicas de dicho pacto de supervivencia, que no parecen contradecir la regulación de los pactos sucesorios de atribución particular.

### **III. Efectos comunes a las causas de ineficacia y extinción**

Los efectos comunes a las causas de extinción que hemos analizado vienen establecidos en el párrafo segundo del artículo 231-18:

*La ineficacia y la extinción del pacto de supervivencia determinan la cotitularidad, en comunidad indivisa ordinaria, de los cónyuges, o del cónyuge superviviente y de los herederos del premuerto, o bien del cónyuge no deudor y del adjudicatario de la mitad del cónyuge deudor.*

Como consecuencia de esto, podemos extraer las siguientes conclusiones:

A.- La compraventa originaria, en la que se incluyó el pacto de supervivencia, mantiene su validez, de modo que al vendedor en nada puede afectarle que el pacto se mantenga válido o no.

B.- La comunidad surgida del pacto, sea su naturaleza romana o germánica, se convierte en una comunidad ordinaria indivisa, pasando a regirse por lo establecido en los artículos 552-1 y siguientes del Código Civil Catalán. Esta comunidad podrá estar integrada bien por los dos cónyuges o pareja originales, bien por uno de ellos y los herederos del otro, bien por aquel y el acreedor o acreedores adjudicatarios de su parte en el bien que en su día fue adquirido con pacto de supervivencia.

En consecuencia, las limitaciones inherentes al pacto, derivadas del artículo 231-15.2 quedarán sin efecto, de modo que cada uno de los cónyuges podrá gravar o enajenar su cuota de propiedad sin contar con el otro, y desapareciendo la necesidad de mantener indivisos los bienes.

C.- El pacto de supervivencia dejará de producir sus efectos, con lo que la muerte de uno de los cónyuges no determinará la adquisición de la mitad de la que era titular por parte del otro. Antes bien, en caso de fallecimiento de uno de los cónyuges su parte en el bien común pasará a integrar la masa hereditaria, rigiéndose desde ese momento por la ley sucesorio del causante.

Finalmente, se ha destacado que, una vez producida la extinción del pacto de supervivencia, este no puede rehabilitarse por la simple voluntad de los cónyuges o pareja adquirente. Sin embargo, a salvo queda la posibilidad de que por otros medios se acuerde sujetar el bien previamente adquirido a las normas del pacto de supervivencia, en virtud del principio de autonomía de la voluntad a modo de un nuevo contrato, o bien bajo la forma de un pacto capitular.



## **CAPÍTULO SEXTO**

### **EL PACTO DE SUPERVIVENCIA EN EL DERECHO CIVIL COMUN**

#### **I. Delimitación del objeto del presente estudio**

Hasta ahora, el presente estudio se ha vertebrado en exclusiva sobre la institución catalana de las adquisiciones onerosas con pacto de supervivencia. Si bien hemos seguido su constante evolución a lo largo de diferentes etapas doctrinales y legislativas, con remisiones al Derecho civil común o al catalán, según las mismas, en todo momento el análisis se ha mantenido fijo sobre el territorio de Cataluña, ámbito natural y exclusivo de las mismas.

Ahora, una vez cerrado ese estudio, puede plantearse la siguiente cuestión: ¿es posible la configuración de un negocio jurídico análogo a las adquisiciones onerosas con pacto de supervivencia bajo el sistema derivado del Código Civil de 1889?

Una primera aproximación parece indicar que no, pues carecemos de la regulación precisa que ofrece el Código Civil de Cataluña. Sin embargo, y merced al principio de autonomía privada, que rige en nuestro sistema jurídico, puede merecer la pena plantearse si algo semejante puede ser posible, y bajo qué forma, y con qué efectos.

No se trata de determinar la validez de una remisión en bloque a la normativa catalana, sino más bien de la búsqueda, dentro de los modelos que existen en el Derecho civil común, de aquellas figuras que presenten una mayor afinidad con la causa y fines propios de la institución estudiada.

Para ello, comenzaré este capítulo final analizando, en primer lugar, si el ordenamiento civil común es apto para el ejercicio de tal libertad configurativa. Nada más oportuno para ello, claro está, que acudir al referido principio de autonomía privada, a fin de concretar su

ámbito de extensión y las alternativas que desde él se presentan.

En caso de encontrar respuesta afirmativa, trataré de plantear y criticar las soluciones que, a mi entender, pueden resultar más idóneas para alcanzar el fin perseguido, mediante la propuesta de diferentes modelos negociales, desarrollados a partir del poderoso e inevitable influjo de la institución que ha dado pie a este trabajo.

## **II. Autonomía privada y pacto de supervivencia**

### **1. Naturaleza jurídica del pacto de supervivencia. De nuevo el problema causal**

#### **1.1. Incidencia del principio de autonomía privada**

Como sabemos, en virtud del principio de autonomía privada los sujetos pueden articular sus relaciones jurídicas de modo que quede a su determinación y juicio el modo en que estas se concreten o formulen, así como la constatación de la finalidad perseguida, o pretendida, con su celebración<sup>788</sup>. Nuestro ordenamiento jurídico privado se construye,

---

<sup>788</sup> A la pregunta de *¿qué es la autonomía de la voluntad?*, DE LA HIGUERA GONZALEZ, L.M., “Fundamento filosófico de la autonomía de la voluntad”, *Autonomía de la Voluntad en el Derecho Privado*, Tomo III-1, Consejo General del Notariado, 2012, pag. 111, responde que “un jurista práctico sin especial predisposición especulativa podría contestar, casi de forma intuitiva, que consiste en la posibilidad que tiene una persona de decidir si quiere o no celebrar un determinado contrato (o, en sentido más amplio, un determinado negocio jurídico) y establecer los pactos y cláusulas que deban regirlo, en la forma que más se ajuste a sus propios intereses. Supone, diría, que todo lo que no está expresamente prohibido, está permitido y, en definitiva, que los particulares tienen un ámbito propio en el que la ley no puede inmiscuirse”.

Tal aproximación describe de un modo verdaderamente elocuente el correcto pero, a la vez, primario sentido a que en no pocas ocasiones se reduce la autonomía de la voluntad. Fácil es que se la vincule no al negocio jurídico en general, y ni siquiera a su noción como principio general del derecho, sino a la libertad que, en el seno de los contratos permite a los celebrantes, en virtud del artículo 1255 del Código Civil, establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por convenientes, dentro de unos cabales límites. Sin embargo, en absoluto se agota frente a tales fines.

DE CASTRO Y BRAVO, F., *El Negocio Jurídico*, Civitas, Madrid, 1985, pag. 12, acuñó una definición de autonomía de la voluntad que el paso del tiempo y la repetición en innumerables trabajos han elevado a la categoría de clásica, según la cual la autonomía privada es “aquel poder complejo reconocido a la persona para el ejercicio de sus facultades, sea dentro del ámbito de la libertad que le pertenece como sujeto de derechos, sea para crear reglas de conducta para sí y en relación con los demás, con la consiguiente responsabilidad en cuanto actuación en la vida real”.

en consecuencia, no como un todo inamovible, pétreo y estático, sino más bien como un conjunto normativo desde el que se permite la articulación de cualquier relación o negocio jurídico, siempre y cuando se respeten unos límites básicos que no deben ser conculcados, pues su fin es proteger a cada uno de los individuos que lo integran de los abusos que pudieran cometerse.

Este ejercicio de libertad ha sido abordado, tradicionalmente, desde una doble perspectiva: bien como salvaguarda de la capacidad del sujeto de derecho para ejercitar los derechos y acciones que le son propios, es decir, la esfera propia de los derechos subjetivos; bien como fuerza normativa capaz de crear relaciones jurídicas válidas, fuentes de derechos y obligaciones<sup>789</sup>. Es decir, motor tanto del ejercicio de las facultades propias del individuo como sujeto de derecho, cuanto de la creación de reglas configuradoras de relaciones jurídicas, con plena validez<sup>790</sup>.

A través de la segunda acepción, pues, surge la posibilidad de que, al margen del marco normativo del Código Civil de Cataluña, pueda plantearse el desarrollo de un negocio jurídico de características parecidas a las adquisiciones onerosas con pacto de supervivencia, a partir de la capacidad de los sujetos de derecho para regular por sí mismos sus relaciones, creando normas que den pie a auténticos negocios jurídicos, eficaces y válidos. Es decir, a partir del

---

Esta definición, como vemos, rebasa los meros límites de la libertad contractual, y hace hincapié en dos de las cuestiones nucleares de la autonomía privada: por un lado, la libertad de acción inherente a cada sujeto, que le permite actuar dentro del ordenamiento jurídico con plenas facultades; y, por otro, la capacidad de originar y conformar reglas por las que regirse uno mismo y los que con él se relacionan.

<sup>789</sup> DE CASTRO Y BRAVO, F., *El Negocio Jurídico*, op. cit., pag. 13, consideró que en la autonomía privada podían distinguirse dos sentidos diferentes. Por un lado, el poder atribuido a la voluntad individual respecto de la creación, modificación y extinción de relaciones jurídicas; por otro, ese mismo poder referido al uso, disfrute y disposición de poderes, facultades y derechos subjetivos.

A la primera de estas manifestaciones la consideró el profesor DE CASTRO como autonomía privada en sentido estricto, y destacó que su campo natural de actuación es el negocio jurídico. La segunda, aparece vinculada al ejercicio de las facultades dominicales y los derechos subjetivos.

<sup>790</sup> La primera de las vertientes de la autonomía privada, lógicamente, cobra especial importancia en el plano de los derechos subjetivos, como desarrollo o base imprescindible sobre la que desarrollar la capacidad de obrar; por lo tanto, a los efectos de este estudio no resulta particularmente interesante.

reconocimiento de la capacidad de establecer los derechos que van a surgir de sus respectivas actuaciones, así como las obligaciones que deberán realizar o respetar<sup>791</sup>, podemos defender la elaboración de un negocio semejante al estudiado, pero esencialmente distinto, pues su fuente directa no va a ser el desarrollo del poder legislativo a través de una institución normada, sino el libre ejercicio de los individuos que pertenecen al ordenamiento jurídico privado.

Se trata, en definitiva, de aceptar que dos personas, como parte del sistema jurídico, sean capaces, con plena razón, de crear normas válidas con las que regir sus relaciones particulares, de modo que un bien adquirido de forma onerosa pueda quedar destinado a convertirse en propiedad exclusiva del más viviente de los dos<sup>792</sup>.

Ahora bien, este ejercicio debe desarrollarse dentro de las limitaciones derivadas del ordenamiento jurídico, de modo que las necesidades concretas que se derivan de tal propósito deberán adaptarse al marco jurídico preexistente, pues sólo así podrán celebrarse, y concluirse, como un auténtico y válido negocio jurídico<sup>793</sup>.

---

<sup>791</sup> DIEZ-PICAZO, L., “A vueltas con la autonomía privada en materia jurídica”, *Autonomía de la Voluntad en el Derecho Privado*, Tomo III, Volumen 1, Consejo General del Notariado, Madrid, 2012, pag. 3, insiste en la validez del principio de autonomía privada como “poder o facultad de los particulares para de establecer y regular el conjunto de derechos y obligaciones, es decir, el contenido preceptivo, del negocio que llevan a cabo”.

<sup>792</sup> De acuerdo con LACRUZ BERDEJO, J.L., DELGADO ECHEVERRÍA, J., y otros, *Elementos de Derecho Civil. Parte General*, Volumen Tercero, *op. cit.*, pag. 126, tal reconocimiento conlleva entender la autonomía privada como un “poder de decidir libre y eficazmente sobre las propias incumbencias jurídicas”.

<sup>793</sup> De acuerdo con BETTI, E., *op. cit.*, pags. 52 a 56, el principio de la autonomía privada se identifica con el reconocimiento por parte del ordenamiento jurídico privado de “la actividad y potestad creadora, modificadora o extintiva, de las relaciones jurídicas entre individuo e individuo; relaciones cuya vida y vicisitudes están ya disciplinadas por normas jurídicas existentes”. Es decir, la autonomía privada excluye la capacidad de autonormación del sujeto, en el sentido de poder crear verdaderas normas jurídicas equiparables a las que proceden del poder legislativo. Su dimensión, en consecuencia, se sitúa un peldaño por debajo: el propio ordenamiento es el que tutela y permite un amplio margen de maniobra para que el sujeto pueda autorregular sus relaciones particulares. Son las normas jurídicas ya existentes las que permiten tal uso de la autonomía privada, y no la voluntad de los sujetos, libre y sin ataduras, la que se impone por encima de cualquier otra regulación.

Por ello, el Derecho no puede prestarse a dar cobertura a cualquier fin perseguido por los particulares en virtud de la autonomía privada, de modo que frente a la actuación de los sujetos al regular sus propias relaciones e intereses, el orden jurídico puede adoptar tres posturas: la de ignorar el negocio realizado por las partes, al entender que no necesita de su tutela (actos jurídicos intrascendentes); la de

Para ello, existen diversos mecanismos. Los interesados no sólo cuentan con la posibilidad de adaptar los negocios preexistentes a sus relaciones particulares, sino también la de alejarse de los tipos legalmente definidos, dando lugar a los contratos unidos, yuxtapuestos o mixtos, al contrato complejo y a los contratos atípicos.

Es decir: resulta posible adaptar los modelos configurados por el legislador a sus intereses concretos, en tanto normas de carácter dispositivo y sin contravenir el marco jurídico en que se encuadren, o bien crear un modelo nuevo, ya sea a partir de combinaciones más o menos creativas a partir de los existentes, ya a partir de creaciones novedosas, que pueden o no proceder de modelos previos, o de instituciones propias de otros sistemas jurídicos.

Esta amplia libertad creativa se encuentra respaldada por la propia jurisprudencia del Tribunal Supremo, entre otras, en sentencia de 31 de enero de 1963, que reconoce lo siguiente:

*Gozan (los contratantes) de absoluta libertad (...) para sujetarse a un molde legal, elaborarlo por su cuenta o tomar de la ley y agregar, por propia voluntad, los elementos necesarios para conseguir el fin particular o peculiarísimo que se propusieran al contratar.*

Con ello se abre un amplísimo abanico de posibilidades y combinaciones, dentro de la restricción que supone el respeto a la ley, moral y orden público, con todas sus variables y profundidad <sup>794</sup>. Como

---

considerarlo socialmente trascendente y digno de protección, en cuyo caso reconocerá al negocio y lo someterá a su protección (negocios jurídicos); y, finalmente, la de entender que el fin perseguido por los individuos es reprobable, de modo que combate al negocio y lo dota de trascendencia, pero en el sentido inverso al del anterior supuesto: en lugar de para dotarle de protección, para provocar los efectos contrarios a la finalidad práctica perseguida (actos jurídicos ilícitos).

<sup>794</sup> La autonomía privada permite que los individuos puedan concretar libremente el contenido de los negocios que lleven a cabo, incluso al margen de lo regulado por la ley, pero siempre y cuando actúen dentro de los citados límites que el ordenamiento les marca.

El respeto a la ley debe ser entendido a partir, esencialmente, de la distinción entre normas dispositivas e imperativas. Mientras que las segundas representan límites infranqueables para la libre actuación de los particulares, las segundas tienen sentido, precisamente, al amparo de su naturaleza supletoria respecto de la voluntad de los mismos, hasta cierto punto.



consecuencia de ello, la autonomía privada otorga una auténtica libertad creativa a los interesados a la hora de formular el pacto de supervivencia, pero sin alcanzar nunca la plena libertad de configuración, pues el ordenamiento, a fin de prevenir esto, se ha dotado de los mecanismos necesarios para restringir tal libertad<sup>795</sup>.

Así, dentro de los negocios familiares la capacidad de modificación es prácticamente inexistente, y en los *mortis causa* se encuentra fuertemente restringida por todo el aparato formal y material que consagra el Código Civil. Ciertamente es que la voluntad del testador es ley en la sucesión, pero no menos verdad es que dicha “ley” se encuentra tremendamente condicionada por multitud de reglas (respeto escrupuloso a la forma en el otorgamiento, respeto a la legítima, reservas, preterición o colación).

Fácilmente se deduce de ello que el marco natural de acción del principio de autonomía de la voluntad es el negocio jurídico, y especialmente el contrato, espacio en que verdaderamente la voluntad libre de los otorgantes encuentra espacio adecuado a su desarrollo. No obstante, debe recordarse que dicho ámbito de libertad se encuentra a su vez limitado por ese conjunto de restricciones previamente expuesto, que ejerce de control sobre esa amplia capacidad creativa. La

---

LACRUZ BERDEJO, J.L., DELGADO ECHEVERRÍA, J., y otros, *Elementos de Derecho Civil. Parte General*, Vol. Tercero *op. cit.* págs. 137 a 139, consideran que las normas de derecho dispositivo, pese a su carácter supletorio, constituyen un cierto “límite indirecto de la autonomía privada”.

El límite de la moral ofrece unos contornos más difusos, y equivale a la expresión, también empleada por el Código Civil, “buenas costumbres”. En tal sentido, no debe interpretarse la moral como el conjunto de normas de contenido ético o religioso de un determinado grupo, sino más bien como aquello que es tolerado por la sociedad de un modo genérico.

Finalmente, el límite del orden público engarza directamente con los valores superiores del ordenamiento jurídico y las reglas que fundamentan el orden político y la paz social, de conformidad con lo consagrado en la Constitución.

<sup>795</sup> A esta función se refieren LACRUZ BERDEJO, J.L., DELGADO ECHEVERRÍA, J., y otros, *Elementos de Derecho Civil. Parte General*, Vol. Tercero *op. cit.*, págs. 132 y 133, cuando califican la función práctica del principio de autonomía de la voluntad, en cuanto principio general del derecho, como “fuente jurídica de inferior grado”. En este sentido, el principio obraría como verdadera fuente del Derecho a falta de ley o costumbre, en virtud de su categoría de principio general del derecho; pero desde el momento en que por aplicación del artículo 1255 del Código Civil se encuentra expresamente previsto el ejercicio de tal libertad, su operativa práctica se ve drásticamente reducida en tal sentido, sin que esto tenga que significar menoscabo alguno a su verdadera utilidad, que reside en el ámbito del negocio jurídico, y más concretamente del contrato.

configuración del pacto de supervivencia, de este modo, como ejercicio de autonomía de los sujetos, se debe desarrollar dentro de los concretos límites que el ordenamiento tolera. En efecto, la libertad de los sujetos queda delimitada por la superestructura que representa el ordenamiento jurídico, de modo que ni la forma por la que se exteriorice el negocio, ni el fin perseguido y declarado por los individuos, pueden contradecir el resto de disposiciones imperativas que lo integran, entendiendo como tales los principios rectores del sistema y las normas de derecho imperativo.

En consecuencia, la regla negocial contenida en el pacto de supervivencia, como declaración de voluntad vertida por los celebrantes, ha de ser armónica con el resto del ordenamiento<sup>796</sup>. Esto no quiere decir que no pueda penetrar en áreas hasta entonces no reguladas, sino que, al hacerlo, no podrá contradecir la estabilidad del resto del sistema.

Este campo de actuación, como vemos, no ofrece a los sujetos una plena e ilimitada forma de manifestarse, sino que, antes bien, delimita con precisas fronteras aquello que en el ejercicio de dicha libertad puede ser emprendido, y lo que no. El ordenamiento jurídico puede rechazar las manifestaciones de autonomía que sobrepasen los límites prefijados por el mismo<sup>797</sup>, al igual que puede tutelar las que, respetando tales límites, sean merecedoras de tal tutela.

De este modo, se engarza la autonomía privada en el seno del sistema jurídico, a fin de dotarle de coherencia y evitar que las decisiones particulares atenten contra su propia estabilidad. Por ello, una vez manifestado el negocio, los mecanismos jurídicos de control entrarán en juego, a fin de determinar si lo creado es digno de protección o no, y bajo qué formas o categorías, y con qué fines<sup>798</sup>.

---

<sup>796</sup> Por ello, DE CASTRO Y BRAVO, F., *El Negocio Jurídico*, op. cit., pags. 54 y 55, señala que “la regla negocial en sentido estricto, la declarada por el particular, es la que se entiende *querida*, la que se considera en la dogmática del negocio jurídico y a la que se aplican las reglas sobre interpretación, vicios y causa”.

<sup>797</sup> REVERTE NAVARRO, A., y otros, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, dirigidos por ALBALADEJO GARCIA, M., Tomo XVII, Volumen 1º-A, Artículos 1.254 a 1.260 del Código Civil, Madrid, Edersa, 1993, pag.112.

<sup>798</sup> Concluye en este sentido BETTI, E., op. cit., pags. 97 A 101, que podemos entender

En el caso que nos ocupa, de producirse la situación de que una pareja de adquirentes quisieran vincular una adquisición conjunta con el denominado “pacto de supervivencia” fuera de Cataluña, teniendo en cuenta que el aspecto formal podría resolverse atendiendo a las formulas habituales propias del régimen catalán, así como que tanto la adquisición original como la posterior transmisión de la parte del premuerto al superviviente partir del fallecimiento de aquel son, en principio, posibles de conformidad con la legalidad vigente, habría que determinar cuál es el fin perseguido por ambos, a fin de concretar el tipo de negocio que han emprendido. No las motivaciones individuales de cada uno, ni el fin concreto a buscar en su fuero interno, sino la finalidad jurídica, aquella que determine su eficacia dentro del ordenamiento jurídico, con el que debe ser respetuosa. Nos encontraríamos entonces con la misión de tratar de determinar la función económico-social que caracteriza al negocio<sup>799</sup>, el por qué y para qué del mismo<sup>800</sup>. En definitiva, con el problema de la causa.

### **1.2. La causa del negocio jurídico: su inevitable repercusión en el pacto de supervivencia**

Sin pretender efectuar aquí un estudio pormenorizado de esta materia, baste recordar que el negocio jurídico consta, como elementos esenciales, de la declaración de voluntad de los interesados, que no puede faltar en ningún caso, por más que pueda manifestarse de

---

que es dentro del respeto a la ley y al orden público, y, más concretamente, al orden jurídico, donde se sitúan los límites derivados del reconocimiento jurídico del principio de autonomía privada. Para este autor, la autonomía de la voluntad queda delimitada por un nivel primario de límites y exigencias, procedentes del plano social en que se genera todo negocio, entrando en juego posteriormente todo un conjunto de restricciones derivadas de su reconocimiento jurídico, ya que tal reconocimiento es, en definitiva, el que otorga trascendencia jurídica real a la autonomía privada. Dentro de estos límites figuraría la causa del negocio emprendido, al no ser admisible que se escinda la declaración preceptiva de la causa o fin perseguidos.

En consecuencia, la ley aparece como el límite donde el principio de autonomía de la voluntad encuentra, precisamente, su mayor valedor y su mayor freno, ya que la misma tolera que los individuos autorregulen sus relaciones, a la vez que limita esa autorregulación. Por ello, la autonomía tiene su origen y sus límites en la ley.

<sup>799</sup> BETTI, E., *op. cit.*, pag. 163.

<sup>800</sup> DE CASTRO Y BRAVO, F., *El Negocio Jurídico*, *op. cit.*, pag. 192.

diferentes modos, y de los efectos perseguidos por los celebrantes, que se derivan de aquella<sup>801</sup>. Voluntad negocial y efecto jurídico constituyen, pues, el núcleo del negocio jurídico<sup>802</sup>.

Junto a estos elementos, una gran parte de la doctrina ha coincidido en señalar *la causa* como tercer factor necesario para la válida conformación del negocio jurídico, al desempeñar una “función caracterizadora”, a través de la que cumple la importante labor de diferenciar lo que es negocio de lo que no lo es<sup>803</sup>. En atención a esta función, se puede distinguir el auténtico negocio del simulado, el erróneo o el ilícito.

Desde esta perspectiva, la causa cumple una doble misión dentro del negocio: en primer lugar, la de definir la función específica, concreta y jurídicamente relevante del negocio, constituyendo un fin objetivo e invariable, siempre el mismo para cada clase de negocios, e independiente de las motivaciones individuales de cada cual<sup>804</sup>. En segundo lugar, como consecuencia de la anterior, cumple la causa la función de caracterizar cada negocio en concreto, dando pie a la clasificación de los distintos tipos de negocios, en atención a esos fines que delimitan cada categoría<sup>805</sup>.

---

<sup>801</sup> *Ibid.*, pag 34. Por negocio jurídico entendemos “la declaración o acuerdo de voluntades, con que los particulares se proponen conseguir un resultado, que el Derecho estima digno de su especial tutela, sea en base sólo a dicha declaración o acuerdo, sea completado con otros hecho o actos”.

La noción misma de declaración o acuerdo centra, pues, la cuestión del negocio jurídico. Y aquella remite necesariamente a la autonomía, que juega en un doble nivel: en primer lugar, la autonomía de los sujetos para decidir entablar una relación jurídica, que puede estar o no reglada por el ordenamiento; y, en segundo lugar, para configurar tal relación, dentro de unos límites que buscan armonizar la decisión y vínculo obligacional de las partes con el resto del ordenamiento jurídico.

<sup>802</sup> En este sentido, por ejemplo, ALBALADEJO GARCIA, M., *El Negocio Jurídico*, op. cit., pag. 45.

<sup>803</sup> DE CASTRO Y BRAVO, F., *El Negocio Jurídico*, op. cit., pags. 166 y 191 y 192, acota en este sentido la cuestión de la causa, y afirma que el objeto del negocio, su contenido y su causa, son elementos integrantes del mismo pero diferenciados, pese a que existe entre ellos una evidente interconexión, de modo que cada uno cumple una función distinta, aunque vinculada. En este juego de combinación, la causa responde al *por qué y para qué* del negocio jurídico, y cumple una función esencial y definida, diferente a lo que es el contenido y el objeto del negocio: la de concretar la valoración de este, prestando atención al resultado que buscan quienes efectúan la declaración negocial.

<sup>804</sup> BETTI, E., op. cit., pag. 161.

<sup>805</sup> DE CASTRO Y BRAVO, F., *El Negocio Jurídico*, op. cit., pag. 166.

La consideración específica de la causa del negocio conduce, pues, a diferenciar y catalogar cada negocio en particular. A los fines de este estudio, merece la pena recordar que en virtud del principio de autonomía privada, son los propios sujetos quienes pueden, a partir de sus expectativas, y en atención a los fines que persiguen, ordenar como mejor crean conveniente el negocio emprendido a fin de asegurar que, tras la muerte de uno de ellos, el otro devenga único titular del bien adquirido de forma conjunta. Una vez el negocio ha sido declarado y ha pasado a formar parte del sistema, corresponderá al ordenamiento jurídico la función de catalogarlo o clasificarlo, incluso en contra de la intención de las partes<sup>806</sup>.

Será precisamente en esta órbita de los negocios de nueva creación, en consecuencia, donde tendremos que movernos ahora, atendiendo entonces a esa “causa natural o propósito concreto” del negocio. En tal sentido, apunta DE CASTRO que “la doctrina de la causa ha servido y sigue sirviendo para destacar lo que merece la consideración de contrato (art. 1261) o de negocio jurídico, de lo que no lo merece, para después distinguir el valor y alcance que a cada clase de ellos se le atribuye”<sup>807</sup>.

Ahora bien, no debe olvidarse que, tanto en un caso como en otro, esto es, tanto en el de los negocios debidamente nominados por el ordenamiento como en el de los negocios “espontáneos” o de libre creación, la determinación de sus efectos jurídicos corresponde en exclusiva al propio ordenamiento<sup>808</sup>, sin que las partes puedan atribuirse facultades para disciplinar dichos efectos contra lo establecido por el sistema.

Con ello quiere decirse que, al igual que las partes no pueden celebrar una compraventa y decidir que el negocio celebrado se llama

---

<sup>806</sup> Recordemos el gráfico ejemplo expuesto por DE CASTRO Y BRAVO, F., *El Negocio Jurídico*, op. cit., pags. 28 y 29, antes citado, según el cual aunque se llame a un negocio “compraventa”, si en el mismo no media precio, sino liberalidad, aquel será considerado por el ordenamiento como una donación.

<sup>807</sup> DE CASTRO Y BRAVO, F., *El Negocio Jurídico*, op. cit., pag. 165.

<sup>808</sup> BETTI, E., op. cit., pags. 177 y 178.

donación, y va a regirse por todas sus normas, civiles y fiscales, igualmente no es posible que, al crear un negocio nuevo en virtud del principio de autonomía privada, se solivianten las normas prefijadas por las que se rigen todos los negocios, pretendiendo, por ejemplo, que un contrato consistente en la entrega gratuita de un bien constituya un negocio oneroso, o que la inscripción del derecho de propiedad adquirido en virtud del mismo no proteja al tercero hipotecario.

Tales disposiciones caprichosas quedan a disposición del ordenamiento, que tiene potestad para determinar su validez y reinterpretarlas de modo que casen con el resto del sistema.

En esencia, la cuestión es la misma que ha sido tantas veces debatida en relación con la institución catalana, si bien desprovista de toda su complejidad histórica. Aquí no se trataría de indagar sobre el origen y mutación de una figura a lo largo del paso de los años, sino, simplemente, de acotar el sentido dado por los otorgantes, inquirendo sobre su verdadera voluntad a la hora de acudir a una figura inexistente en el Derecho civil común.

En relación directa con la cuasa, entiendo en consecuencia que el pacto de supervivencia actúa como verdadero vehículo para favorecer una cierta atribución patrimonial, siendo su finalidad concretar el dominio final de un bien adquirido conjuntamente en uno solo de los copropietarios. Independientemente de la vía por la se opte entre las tres propuestas en este estudio, que a continuación desarro<sup>809</sup>, esta atribución es inherente a las mismas.

Como hemos visto, DE CASTRO señaló que una de las funciones de la causa era servir de criterio para clasificar los distintos negocios jurídicos, distinguiendo en tal sentido incluso la existencia de la causa en los negocios familiares y *mortis causa*<sup>810</sup>.

De un modo más preciso, BETTI señaló que, atendiendo en exclusiva a la influencia de la causa, esto es, a la función económico-

---

<sup>809</sup> Vid. *infra* apartado III de este mismo capítulo. Las alternativas propuestas son donación, pacto sucesorio y contrato aleatorio.

<sup>810</sup> DE CASTRO Y BRAVO, F., *El Negocio Jurídico*, op. cit., pag. 193 y siguientes.

social que determina el contenido de cada negocio jurídico, estos podían clasificarse en *causales y abstractos, onerosos y gratuitos, e inter vivos y mortis causa*<sup>811</sup>.

La primera de estas clasificaciones no ofrece especial relevancia a los efectos de este estudio. DIEZ-PICAZO señala que los contratos causales son aquellos en que la causa actúa como presupuesto de validez y eficacia del contrato, debiendo existir y ser lícita. Por el contrario, los negocios abstractos se caracterizan por haberse desligado e independizado de su causa, de modo que funcionan con completa independencia de la misma<sup>812</sup>.

Tal independencia implica que la causa no influya sobre la validez y eficacia de la promesa o de la transmisión que contiene el negocio, de modo que, aún faltando aquella, serían válidas. Por ello se ha afirmado que este tipo de negocios no tienen cabida en el Derecho español, desde un punto de vista técnico<sup>813</sup>.

Por lo tanto, restan las otras dos categorías de clasificación, a las cuales sí debemos atender, pues inciden de lleno en los dos aspectos determinantes del pacto de supervivencia, a saber: su naturaleza onerosa o gratuita, y su dimensión *inter vivos* o *mortis causa*.

### **1.3. Negocios onerosos y gratuitos**

Una de las cuestiones esenciales a dilucidar en relación con el pacto de supervivencia, al igual que ocurre en Cataluña, estriba en determinar si la intención de cada uno de los estipulantes es efectuar un acto de graciosa disposición a favor del otro, guiado por la intención de beneficiarle caso de faltar él primero, esto es, un acto dominado por

---

<sup>811</sup> BETTI, E., *op. cit.*, pag. 180.

<sup>812</sup> DIEZ-PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, *op. cit.*, págs. 277 y 278.

<sup>813</sup> LACRUZ BERDEJO, J.L., DELGADO ECHEVERRÍA, J., y otros, *Elementos de Derecho Civil. Parte General*, Volumen Tercero, *op. cit.*, págs 191 y 192. Precisan los autores que únicamente cabría en nuestro sistema jurídico la “abstracción meramente procesal de la causa”, consistente en la inversión de la carga de la prueba, a partir del artículo 1277 del Código Civil. FUENTESECA C., *op. cit.*, pag. 73, reconoce que aunque algunos autores “admiten la posibilidad del negocio abstracto en España, mayoritariamente, sin embargo, se deniega esta idea”.

el espíritu altruista de favorecer al otro; o bien si de lo que se trata es de que cada uno quiera asegurarse para sí, de ser el superviviente, el pleno dominio del bien adquirido, siendo la única forma de hacerlo el obligarse a realizar una disposición en idéntico sentido a favor del otro.

En el primero de los casos, nos hallaríamos frente a un acto de mera liberalidad, una disposición de carácter gratuito en la que cada uno de los otorgantes sólo quiere asegurar lo mejor, o lo que él entiende por “lo mejor”, para el otro.

En el segundo, nos enfrentaríamos a un contrato efectivamente oneroso, donde la disposición de cada uno actuaría como verdadera contraprestación de la disposición contraria.

El *quid* de la cuestión radica, pues, en interpretar si la coexistencia de ambas disposiciones recíprocas encierra una contraprestación o no. LACRUZ-DELGADO señalan que lo que caracteriza al contrato oneroso es el “equilibrio patrimonial” que se deriva del mismo: lo que se pierde por un lado, se gana por el otro<sup>814</sup>. En los gratuitos, en cambio, falta esta compensación, de modo que a la prestación de una parte no se corresponde otra recíproca<sup>815</sup>.

En consecuencia, las características propias de las adquisiciones onerosas con pacto de supervivencia hacen que, en Derecho catalán, a mi juicio, su naturaleza resulte evidentemente gratuita. Sin ánimo de volver a incidir en una cuestión ya atendida, considero que tanto su reducción subjetiva al ámbito matrimonial o de convivencia, como su origen y evolución histórica, como sus limitaciones a la hora de penetrar en el ámbito sucesorio, atienden a la idea matriz de favorecer al cónyuge o pareja cuando el otro falte, y no a un propósito adquisitivo respecto del patrimonio del que hasta el último día había sido compañero vital del disponente.

Señalar, como se ha señalado, que el hecho de que cada uno de los otorgantes disponga de su derecho a favor del otro convierte este

---

<sup>814</sup> LACRUZ BERDEJO, J.L., DELGADO ECHEVERRÍA, J., y otros, *Elementos de Derecho Civil. Parte General*, Volumen Tercero, *op. cit.*, pags 229.

<sup>815</sup> *Ibid.*, pag. 230.



peculiar negocio en oneroso, me parece juzgar con excesiva crudeza las intenciones humanas, y elevar a la categoría de absoluto la onerosidad de las prestaciones recíprocas.

En esta dirección, acaso habría que admitir como negocios onerosos todos los supuestos de disposiciones sucesorias recíprocas. Sería el caso de aquellos matrimonios que otorgan testamento el uno a favor del otro. Cualquiera que se haya enfrentado a esa situación, sabrá que lo más habitual es que los esposos concurren al notario juntos y, utilizando la extendidísima fórmula de “todo del uno para el otro, y cuando faltemos los dos para los hijos”, otorga cada uno su testamento, que, sin embargo, no sería igual de no mediar ese concierto previo entre ellos. Estrictamente, el otorgamiento conjunto de ambos testamentos se reviste de las características propias de una prestación recíproca, dado que si uno de ellos no quisiera disponer de “todo lo suyo” a favor del otro, el otro, normalmente, tampoco lo haría.

El hecho de que dos personas otorguen testamento a la vez, la una a favor de la otra, no convierte dicho otorgamiento en un negocio oneroso. Tampoco el efectuar dos donaciones simultáneas.

A dónde trato de llegar es a que el acto dispositivo de cada uno no tiene por qué ser interpretado como contraprestación necesaria del otro. Puede serlo, si el ánimo del otorgante es el beneficiarse a sí mismo. Pero si su intención es la de disponer sin ánimo de beneficio a favor del otro, por su bien en caso de supervivencia, no hay tal carácter oneroso, de modo que, no cabe, a mi entender, que pueda defenderse la onerosidad del pacto partiendo de su otorgamiento simultáneo y recíproco.

Además, ciñéndonos estrictamente a lo que debe ser entendido por “prestación”, esto es, una alteración patrimonial, ya he manifestado previamente que, a mi juicio, el pacto de supervivencia en Cataluña no puede ser entendido como tal, puesto que la pérdida patrimonial tiene lugar con el fallecimiento del titular del mismo, que, de este modo, jamás verá reducido su patrimonio (ni tampoco aumentado). La parte que “pierde” realmente no pierde, pues no experimenta la salida de la

parte de propiedad que le correspondía<sup>816</sup>. Y el que gana no sufre desmejora ni menoscabo en su patrimonio, sólo acrecimiento<sup>817</sup>.

Esta cuestión, que en relación con las adquisiciones con pacto de supervivencia según mi punto de vista resulta clara, y que debería de estarlo mucho más desde un punto de vista normativo, dada su condición de negocio típico, esto es, regulado por el ordenamiento jurídico, el cual debería preocuparse de asentar de modo indubitado la causa del mismo, a fin de evitar malos usos, no lo es tanto si consideramos su aplicación en virtud del principio de autonomía privada con sede en el Derecho civil común.

En este caso, el ordenamiento no se ha preocupado de esbozar la estructura típica del negocio, de fijar su causa a fin de evitar usos ilícitos o indebidos de la institución, por lo que habrá que indagar, caso por caso, para determinar cuál es el verdadero ánimo de los otorgantes, y sólo una vez averiguado, dotar al negocio de su verdadera naturaleza.

Por ello, entiendo que, de practicarse el pacto de supervivencia bajo las directrices del Derecho civil común, el primer punto fundamental a tratar, antes de determinar los efectos jurídicos del mismo, tanto civiles como fiscales, deberá ser penetrar efectivamente en la causa del negocio celebrado, en la verdadera finalidad perseguida por los otorgantes, pues de la misma se deriva la concreta función a cumplir dentro del ordenamiento.

Si resulta que la intención separada de cada uno de ellos es conseguir la totalidad del dominio de la cosa adquirida, esperando sobrevivir al otro, entonces debemos considerar que el negocio tiene

---

<sup>816</sup> Respecto de los herederos del premuerto, que son quienes realmente podrían sufrir menoscabo en su derecho, ya se ha visto como el Código Civil de Cataluña, con evidente preocupación por la materia sucesoria, ha mantenido la necesidad de que la parte sometida al pacto de supervivencia se compute a efectos de calcular la legítima, y que en su caso se aplique al pago de la cuarta viudal, con lo que los herederos quedan protegidos frente al pacto de supervivencia del mismo modo que frente a cualquier otra disposición gratuita, sea *inter vivos*, sea *mortis causa*. Tales precauciones, según se ha insistido a lo largo de este trabajo, resultan incompatibles con una transmisión onerosa.

<sup>817</sup> Recuerdo que considero las normas contenidas en el Código Civil de Cataluña sobre indivisión y no enajenación de la cosa objeto del pacto de supervivencia meros instrumentos al servicio del fin último que conforma y valida el pacto, de modo que su alcance es tan fuerte como la voluntad de las partes de mantenerlo, ya que el mero acuerdo entre ellos sirve para dejar sin efecto el negocio.

carácter oneroso, y que, siendo así, acaso lo más lógico sea considerar que en estos casos la muerte actúa como mero requisito de eficacia del negocio, convirtiéndose así en condición o *alea*, según veremos, de una transmisión indeterminada respecto del titular de la misma en su inicio, pero desde entonces eficaz.

Si, por el contrario, ocurre que lo que prima es el ánimo de beneficiar o proteger al otro, semejante, según he dicho, al ánimo que domina a una buena parte de matrimonios a la hora de hacer testamento, y que les lleva a dejarse lo máximo posible entre ellos<sup>818</sup>, sin ambicionar tal acrecimiento patrimonial, sino más bien proporcionarse mutuamente la mejor situación posible para cuando uno de ellos falte, entonces debemos concluir que estamos ante una disposición de carácter gratuito, de modo que únicamente habremos de determinar si, como tal, tiene eficacia *inter vivos* o *mortis causa*.

#### **1.4. Negocios *inter vivos* y *mortis causa***

Como he apuntado en el apartado anterior, igual de importante es la cuestión de si la transmisión se efectúa *desde ya*, quedando sus efectos pospuestos al fallecimiento de uno de ellos, de modo que la muerte únicamente determine la *eficacia* del negocio; o bien si la muerte es verdadero elemento causal y parte del contenido mismo de aquel. Esto es, si estamos ante un negocio *inter vivos* con eficacia *post mortem*, o bien ante un negocio jurídico *mortis causa*.

Especialmente clarificadora puede resultar en este punto la opinión de BETTI, a fin de delimitar los criterios de distinción entre ambas figuras, cuando afirma que “en los negocios *mortis causa* la muerte no es prevista arbitrariamente como un evento cualquiera, extraño a la estructura del negocio, sino que necesariamente representa un elemento característico de la misma causa del negocio (...), y es, a una con el negocio, un elemento constitutivo del supuesto de hecho

---

<sup>818</sup> Bien el usufructo universal de su herencia, bien el tercio de libre disposición junto con la cuota legal usufructuaria, en la mayoría de los casos.

complejo que tiene por efecto la adquisición o sucesión *mortis causa*<sup>819</sup>.

Igualmente útiles resultan las palabras de DIEZ-PICAZO, para quien la calificación de un negocio como *mortis causa* no depende ni de la consideración de la muerte como motivo de celebración del mismo, ni de que se haga depender su eficacia de dicho momento, sino que es necesario que se persiga “la reglamentación del destino *post mortem* del patrimonio y de los bienes de la persona, o en su caso, de otras relaciones jurídicas (...). Es menester, como hemos dicho, que el negocio jurídico aparezca como dirigido a establecer y regular el destino *post mortem* de los bienes y de las demás relaciones jurídicas del autor del negocio”<sup>820</sup>.

La distinción entre negocios jurídicos *inter vivos* y *mortis causa* no obedece únicamente a criterios dogmáticos, sino que tiene un relevante alcance práctico: desde el posible conflicto con los derechos legitimarios a la determinación del impuesto aplicable, toda una serie de consecuencia y efectos jurídicos se derivan de la catalogación del negocio a celebrar.

A fin de penetrar un poco más en esta clasificación, merece la pena exponer cuales son los criterios empleados por doctrina y jurisprudencia a la hora de delimitar ambos conceptos, y distinguir así los actos *inter vivos* de los *mortis causa*<sup>821</sup>:

- No tienen naturaleza *mortis causa* aquellas atribuciones cuya *efectividad* haya sido aplazada a la muerte del disponente, pues es perfectamente válido el aplazamiento de los efectos transmisivos, que estarían así sujetos a término.

---

<sup>819</sup> BETTI, E., *op. cit.*, pag. 264. Previamente indica que “se denominan negocios *inter vivos* aquellos cuya función económico-social responde a la práctica de la vida en sus variadas formas y están destinados a actuar en ella sin atender a la muerte de sus autores. Por el contrario, se califican de *mortis causa* aquellos negocios cuya función responde a la exigencia de regular el destino del patrimonio o de singulares bienes, o la condición de los familiares *supérstites*, en previsión de la muerte del autor y dependiendo de ella”.

<sup>820</sup> DIEZ-PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, Tomo I, *op. cit.*, pags. 95 y 96.

<sup>821</sup> Me guía en esta exposición el trabajo de ESPEJO LERDO DE TEJADA, M., *La sucesión contractual en el Código Civil*, Universidad de Sevilla, Sevilla, 1999, pags. 101 a 106.

- Tampoco la supervivencia del adquirente puede ser criterio distintivo, dado que en este caso la definitiva eficacia del negocio quedaría sometida a condición, bien suspensiva, bien resolutoria.

- Criterio más decisivo sería el del sacrificio patrimonial soportado por el disponente: en caso de que el transmitente no experimentase sacrificio alguno, esto es, que los efectos de la transmisión quedarán directamente aplazados hasta su fallecimiento, estaríamos ante un negocio *mortis causa*. La supeditación del resultado a condiciones suspensivas o resolutorias, en principio, vincularían por ello la naturaleza del negocio a las operaciones *inter vivos*.

- Más controvertida parece, especialmente en relación con las donaciones, la admisibilidad o no de la revocación. Las donaciones *inter vivos* se caracterizarían por no ser revocables, mientras que las *mortis causa* podrían serlo hasta el mismo fallecimiento del donante. En nuestro sistema, sin embargo, en el que están previstas fórmulas de donación *inter vivos* con reserva de la capacidad de disponer de los bienes donados (artículo 639), así como con reversión a favor del donante, o de un tercero con las limitaciones establecidas en el Código Civil (artículo 641), tal criterio no parece decisivo.

- Finalmente, se ha indicado que tendrá naturaleza *mortis causa* el contrato cuyo objeto quede determinado a la muerte del disponente.

En definitiva, el criterio de distinción entre los negocios jurídicos *inter vivos* y *mortis causa* parece que reposaría sobre la fina y difusa línea que caracteriza la muerte del disponente bien como término o condición (*inter vivos*), bien como contenido mismo del negocio (*mortis causa*), esto es, elemento propio de la causa del negocio<sup>822</sup>, de modo que actuaría como auténtica *conditio iuris* del mismo, en el sentido señalado

---

<sup>822</sup> LACRUZ BERDEJO, J.L., RAMS ALBESA, J., y otros, *Elementos de Derecho Civil V, op. cit.*, pag. 232, consideran que, siendo el objeto característico de los negocios *mortis causa* regular las relaciones jurídicas y derechos y obligaciones de una persona tras su muerte, y con motivo de ella, el fallecimiento constituye no el momento de eficacia del negocio, sino *causa* misma de este, en cuanto su finalidad es ordenar la sucesión en aquellas relaciones jurídicas al producirse el óbito del causante.

por BETTI, según la cita antes expuesta. La determinación de la existencia o no de un sacrificio patrimonial serviría como criterio distintivo a la hora de justificar una u otra naturaleza.

Abordando esta misma problemática, se ha resaltado por la doctrina la importancia de atender a la efectiva voluntad del disponente a la hora de distinguir los negocios *inter vivos* de los *mortis causa*, y señala como criterios de distinción los siguientes:

- La intención del disponente.
- El significado de la muerte en la estructura del negocio.
- Su específica función o causa.
- Si la muerte es o no integrante de la función objetiva del acto mismo<sup>823</sup>.

Mi idea es que, de constituir el pacto de supervivencia un negocio oneroso, estaríamos siempre ante una transmisión *inter vivos* con eficacia *post mortem*. En cambio, de ser un negocio gratuito, este podría formularse tanto como negocio *mortis causa* como *inter vivos*. En consecuencia, voy a plantear las posibilidades que ofrece el pacto de supervivencia, atendiendo a su naturaleza onerosa o gratuita, y, como tal, *inter vivos* y *mortis causa*.

## **2. Características esenciales del pacto de supervivencia**

Antes de comenzar el análisis de las distintas posibilidades de construcción jurídica del pacto de supervivencia en el Derecho Civil Común, no estaría de más dilucidar cuáles son las líneas maestras que definen al mismo, a fin de acotar dicha construcción. En esencia, se trata de saber si dos personas pueden adquirir conjuntamente un bien y acordar que, tras el fallecimiento de uno de ellos, el superviviente quede como titular único del mismo.

Esta institución propia del Derecho Civil Catalán, presenta una

---

<sup>823</sup> Siguiendo a DORAL GARCIA, J.A., “Donaciones *mortis causa* en el Código Civil y en el Derecho Civil de Navarra”, *Revista Jurídica de Navarra*, N° 15, 1993, pag. 108.

serie de características propias que ya hemos estudiado<sup>824</sup>. Lo que nos interesa en este punto, pues, es comprobar si el pacto de supervivencia, o algo parecido al pacto de supervivencia, podría otorgarse en el derecho común, de qué forma, y con qué consecuencias.

Para ello, comenzaremos señalando que, al situarnos al margen de la regulación catalana, descubrimos una serie de elementos que debemos cuestionar:

En primer lugar, la exigencia de que el pacto sólo pueda ser otorgado entre cónyuges o parejas de hecho. Esta exigencia, según hemos tratado, obedece a los orígenes de la institución, o, más bien, a la concreción de dichos orígenes. Actualmente, es la ley catalana la que determina que el pacto sólo pueda otorgarse entre cónyuges y parejas de hecho, siendo relación familiar el motor primero de este peculiar negocio jurídico. Tras su procelosa evolución, la esencia que ha perdurado a lo largo del pasado siglo y lo que llevamos de este es que se trata de un negocio adquisitivo en virtud del cual dos personas casadas, o convivientes, deciden que, tras adquirir un bien de forma conjunta, este será propiedad exclusiva del que sobreviva al otro. Esta es la idea matriz, la piedra angular, sobre la que se edifica toda la construcción jurídica.

Ahora bien, cuando trasladamos esta base al Derecho Civil Común, desde mi punto de vista, tal limitación subjetiva suscita razonables dudas. ¿Es necesario exigir para que sea otorgado un pacto semejante que sus titulares sean cónyuges, o pareja de hecho?

En principio, nada obsta a que digamos que no. De hecho, y según hemos estudiado, en sus propios orígenes el pacto se daba entre personas no vinculadas por vínculo matrimonial<sup>825</sup>. Sin embargo, la verdadera carga causal del negocio madre es esa protección. ¿Deberíamos exigirla?

La respuesta, a mi parecer, debe ser que no. Y no sin ciertos

---

<sup>824</sup> Vid. *supra* Capítulo Primero, apartado III.

<sup>825</sup> VALLET DE GOYTISOLO, J.B., “La compraventa por mitades...”, *op. cit.*, pag. 709; y en “Teleología y Dogmática...”, *op. cit.*, pag 5.

recelos y una inevitable preocupación. Creo firmemente en el ánimo protector entre cónyuges que inspira el pacto catalán, frente a aquellas propuestas que parten del egoísmo y el lucro. Sin embargo, no se me escapa que, de intentar trasladar este negocio al resto del territorio nacional, ese requisito subjetivo se hace innecesario. La esencia del pacto es la voluntad de dos personas de que, finalmente, uno de ellos devenga único titular del bien. El que estas dos personas tengan que ser o no matrimonio, o pareja de hecho, me parece esencial dentro de la institución típica estudiada, pero, de cara a afrontar una nueva construcción técnico jurídica, me parece no sólo improcedente, sino incluso injustificable.

Nos movemos ahora en los inestables y emocionantes terrenos de las figuras atípicas: ¿a qué fijar una limitación subjetiva que tiene su origen en la Cataluña de finales del siglo XIX? Lo que nos queda ahora es únicamente la voluntad de vincular desde ya el destino de un bien concreto, y el quién lo haga sólo depende del quién tenga voluntad de hacerlo. Si desnudamos el pacto catalán de todos los elementos locales y nos ceñimos a su repercusión jurídica, de conformidad con las conclusiones antes expuestas, veremos que el aspecto subjetivo se torna como un elemento meramente localista.

En segundo lugar, la ley catalana determina que el pacto ha de acompañar necesariamente a la adquisición en el mismo título. Yo no veo la necesidad de que esto sea forzosamente así. Aunque es obvio que desde un punto de vista estructural y material es más perfecto el otorgamiento conjunto, pues revela ya desde el origen, la intención de adquirir para el más viviente de ambos, lo que se constata en el propio título de adquisición, no encuentro obstáculo alguno para que se pueda otorgar el pacto con posterioridad a la adquisición. Siendo dos negocios jurídicos distintos la adquisición y el pacto, según lo que he defendido anteriormente, entiendo que podría hacerse. No obstante, lo preferible sería mantener la unidad de acto.



En tercer lugar, aparece la cuota adquirida por cada uno. Parece lógico que se adquiriera por mitad. Este aspecto ya lo trataremos más adelante, cuando veamos las distintas fórmulas posibles para otorgar el pacto, o, más bien, para determinar la naturaleza del mismo. Adelantándonos un tanto a la solución propuesta, diremos aquí que, partiendo de la regulación que contiene el Código Civil de Cataluña, puede plantearse que la adquisición se efectúe bien en cuotas desiguales, bien bajo la forma de la comunidad germánica.

En cuarto lugar, está el carácter irrevocable del pacto. Este aspecto está, lógicamente, íntimamente unido a las normas por las que debe regirse la comunidad surgida.

El carácter irrevocable creo que es inherente al pacto de supervivencia, y que cualquier disposición que tenga como fin prescindir de tal requisito se aparta, en esencia, del mismo. También en este punto dependeremos del enfoque que hagamos: si estamos ante un supuesto de sucesión contractual, lógicamente es irrevocable de forma unilateral; si estamos ante un contrato, estaremos a lo acordado por las partes en base al 1255 del Código Civil. Pero en este punto creo que toda disposición a favor de que uno cualquiera de los adquirentes pueda poner punto y final a la comunidad y anular los efectos de la supervivencia, siendo por supuesto válida, nos apartaría en puridad del pacto de supervivencia, dando lugar a un pacto perfectamente válido, pero diferente del que aquí no ocupa.

En cuanto a la comunidad surgida del pacto, esta se regirá por lo acordado por los adquirentes, de acuerdo con el artículo 392 del Código Civil, y, a falta de disposiciones en contrario, por las normas del propio Código Civil para la comunidad de bienes.

Creo que es importante en este sentido determinar que, como consecuencia del carácter irrevocable de que se quiere dotar al pacto, al igual que ocurre en el derecho catalán, se debe mantener la indivisión de la cosa, y limitar en consonancia el derecho de cada otorgante a disponer libremente de su cuota, así como a ejercitar la *actio communi*

*dividundo*. De otra forma, el carácter irrevocable no tendría alcance alguno. Esto debe ser asegurado directamente por las partes, bien con una regulación precisa, bien, al menos, señalando la irrevocabilidad del pacto que contraen.

Tal pacto, no obstante, entraría en contradicción con la limitación temporal que determina el Código Civil para los pactos de indivisión en su artículo 400 (diez años, sujetos a prórroga). Ahora bien, en lugar de entender que los adquirentes efectúan cada diez años sucesivas prórrogas, dado que tal presunción implica la admisión de que, una vez finalizado dicho plazo, cualquiera de ellos pueda pedir la división, acaso convenga atender al artículo 401. En efecto, en dicho artículo se admite que los copropietarios no puedan exigir la división de la cosa común cuando de hacerla resulte inservible para el uso a que se destina. Dado que la finalidad del pacto de supervivencia es instituir en único propietario a uno de los dos adquirentes, quedando vinculada desde su inicio la cosa adquirida a este fin, parece lógico que se considere que la división atenta contra el destino del bien sujeto al pacto.

Finalmente, no podemos olvidar las causas de extinción del pacto. Este aspecto puede igualmente quedar al arbitrio de las partes, que deberían estipular aquellos motivos por los que la comunidad formada se extingue anticipadamente. Caso de no hacerlo, dependerá de la naturaleza que le reconozcamos al pacto el acudir a unas causas de extinción u otras<sup>826</sup>.

Podemos entender, no obstante, la aplicación directa del artículo 78.3 de la Ley Concursal, toda vez que hace referencia directa a los pactos de supervivencia<sup>827</sup>.

---

<sup>826</sup> Por ejemplo, la consideración de que constituye un contrato oneroso y aleatorio, daría lugar a la aplicación del artículo 1124 del Código Civil.

<sup>827</sup> *Vid supra* Capítulo Quinto, apartado II, subapartado 3.

### **III. Alternativas para la válida configuración del pacto de supervivencia**

#### **1. Donación *mortis causa*: una alternativa en principio a desechar. La “donación *inter vivos* con eficacia *post mortem*” y la “donación de bienes futuros” como primeras posibilidades**

##### **1.1. La donación *mortis causa* en el Código Civil**

Una primera posibilidad, a la hora de plantearnos el pacto de supervivencia bajo el Derecho Civil Común, es considerarlo como una donación entre los otorgantes; más concretamente, como una donación condicional, sometida a que el otro cónyuge otorgue recíproca donación (lo que es fácil de verificar, pues ambos, en lógica, deberían de otorgar el pacto conjuntamente, por lo que no sería siquiera necesario hacerlo, salvo que se produjeran en momentos distintos la donación y la aceptación de la misma), y, fundamentalmente, a que sus efectos se produzcan únicamente tras el fallecimiento del otorgante (lo que determinaría, también necesariamente, que se mantenga la participación de la cosa adquirida por cada uno de ellos en su patrimonio hasta ese momento).

Nos encontramos así en el marco anunciado por VALLET DE GOYTISOLO de una donación sometida a una doble condición suspensiva y resolutoria, vinculada al fallecimiento del otorgante. Y es precisamente en este requisito donde comienzan los problemas, pues tal condición nos lleva, irremediablemente, al terreno de las conflictivas **donaciones *mortis causa***<sup>828</sup>.

La problemática de las donaciones *mortis causa*, cuya validez y existencia ha sido largamente debatida, recordamos, surge directamente de la ambigua redacción del artículo 620 del Código Civil,

---

<sup>828</sup> Dado que esta materia ya ha sido tratada, me remito a lo expuesto en el capítulo segundo, apartado II, subapartado 2.1.3, a fin de completar lo dicho aquí.

que indica lo siguiente:

*Las donaciones que hayan de producir sus efectos por muerte del donante participan de la naturaleza de las disposiciones de última voluntad, y se regirán por las reglas establecidas en el capítulo de la sucesión testamentaria.*

Por donación *mortis causa*, de este modo, se entiende aquella donación mediante la que el donante dispone de bienes propios para que, después de su fallecimiento, el donatario los adquiera, pero con la peculiaridad necesaria de que el donante no ha de quedar vinculado a este efecto desde el momento de otorgar la donación, pues, si lo hiciera, se produciría el efecto inmediato propio de las donaciones *inter vivos*.

Siguiendo a los autores más autorizados, se ha precisado que “la donación *mortis causa* es un contrato, ni obligacional, ni transmisivo ya, sino dispositivo de última voluntad que se rige por las reglas de la sucesión testamentaria *mortis causa* porque es un acto dispositivo de los bienes no para ahora, sino para cuando muera el otorgante, que puede disponer de aquéllos, bien por testamento, bien por donación *mortis causa*”<sup>829</sup>.

La doctrina, como hemos anunciado y visto previamente, ha debatido en profundidad sobre la posibilidad o no de su viabilidad en nuestro ordenamiento jurídico tras la promulgación del Código Civil. En este sentido, la mayoría coincide en que el artículo 620 ha suprimido las donaciones *mortis causa* tácitamente<sup>830</sup>, pues, aunque no conste expresamente en el Código Civil la prohibición o supresión de las

---

<sup>829</sup> ALBALADEJO GARCIA, M., *La Donación*, op. cit., pag. 602.

<sup>830</sup> Así lo reconoce ESPEJO LERDO DE TEJADA, M., “Donaciones *mortis causa*. Posibilidades actuales en el Código Civil y propuestas de reforma”, *Derecho de Sucesiones. Presente y futuro*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Murcia, Murcia, Murcia, 2006, pags. 244 y 245. Afirma que la polémica sobre su existencia actualmente está apagada, al aceptarse “pacíficamente que la existencia y viabilidad de las donaciones *mortis causa* está excluida de nuestro Código”.

En idéntico sentido ANDERSON, M., “Artículo 620 del Código Civil”, *Código Civil Comentado*, op. cit., pag. 104, opina que a partir de la redacción del artículo 620 del Código Civil, buena parte de la doctrina señala que las donaciones *mortis causa* han sido eliminadas del ordenamiento, para identificarse con los legados.

mismas, la remisión sin límite alguno a las reglas de la sucesión testamentaria produce directamente el efecto de su práctica eliminación, al perder todo rasgo diferenciador propio<sup>831</sup>.

Otros autores, sin embargo, han interpretado justo lo contrario, defendiendo que el artículo 620 constituye un verdadero “certificado de vida” de que dicha donación sigue existiendo<sup>832</sup>. Desde esta postura, se ha defendido su vigencia bajo las disposiciones de la sucesión testamentaria, salvo en lo que se refiere a los requisitos de su forma, donde se impondría su condición de donación. Es decir, que se regiría por las normas propias para la sucesión testada, pero guardando su propia individualidad, de modo que debe guardar la forma exigida para la donación. Las normas de la sucesión testamentaria se le aplicarán para todo aquello relacionado con su desarrollo, fines y regulación<sup>833</sup>.

Sin embargo, la tesis de la validez de las donaciones *mortis causa* no ha gozado de buena acogida entre la doctrina, ni tampoco entre la jurisprudencia dominante<sup>834</sup>. Como se ha dicho, la opinión mayoritaria es la de que el artículo 620 las elimina, pues, desde el momento en que se exige la forma testamentaria, los requisitos de declaración individual y personalísima por parte del donante, excluyendo el acuerdo de voluntades, el rasgo característico de la donación queda suprimido, y con él la misma categoría de donación *mortis causa*<sup>835</sup>, que pasaría en todo caso a integrarse entre los legados<sup>836</sup>.

---

<sup>831</sup> Véase por todos ALBALADEJO GARCIA, M., *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales* dirigidos por ALBALADEJO GARCIA, M., Tomo VIII, Volumen 2º, *op. cit.*, pag. 55, quien afirma que “la defensa de la tesis de que el Código Civil ha abolido la donación *mortis causa* se hace alegando que, por muy cierto que sea que el artículo 620 no diga literalmente que la suprime, sin embargo, la suprime, porque al ordenar que se rija, sin límite alguno, por las reglas de la sucesión testamentaria, está sometiéndolas en todo, de modo que también en que ha de otorgarse en testamento guardando la forma de este, y como quiera que el testamento es acto unilateral del disponente, se está excluyendo que la donación *mortis causa* pueda seguir siendo acuerdo de donante y donatario”.

<sup>832</sup> Célebre expresión acuñada por VALLET DE GOYTISOLO, J., *Estudios sobre Donaciones*, *op. cit.*, pag. 255.

<sup>833</sup> ALBALADEJO GARCIA, M., *La Donación*, *op. cit.*, pag. 606.

<sup>834</sup> Así lo reconoce ESPEJO LERDO DE TEJADA, M., “Donaciones *mortis causa*...”, *op. cit.*, pag. 245.

<sup>835</sup> ALBALADEJO GARCIA, M., *La Donación*, *op. cit.*, pags. 607 y 608.

<sup>836</sup> DE LOS MOZOS, J.L., *La donación en el Código Civil y a través de la jurisprudencia*, Dykinson, Madrid, 2000, pag. 423.

Este argumento también lo encontramos ampliamente difundido en la jurisprudencia de Tribunal Supremo<sup>837</sup>, y en las resoluciones de la Dirección General de Registros y del Notariado<sup>838</sup>. Concretamente en sentencia 7 de noviembre de 1979, el Tribunal Supremo consideró que, a raíz del artículo 620 del Código Civil, las donaciones “*mortis causa*” *carecen de valor si no se manifiestan a través de alguno de los medios arbitrados para el otorgamiento de las disposiciones testamentarias*<sup>839</sup>. Criterio que se reitera en la de 25 de julio de 1996, al insistir en que este tipo de donaciones *es preciso que se haga a través de las reglas de la sucesión testamentaria*.

En conclusión, parece que tanto la doctrina mayoritaria como la jurisprudencia se muestran partidarias de la no subsistencia de las donaciones *mortis causa*, bien porque el artículo 620 directamente las suprime, bien porque, sin eliminarlas, las refunde en la materia testamentaria, privándolas de cualquier rasgo de autonomía propio<sup>840</sup>.

Tras lo dicho hasta aquí, y volviendo al tema del pacto de supervivencia como posible donación *mortis causa*, concluimos, lógicamente, que aparecen dos grandes obstáculos que parecen insalvables:

En primer lugar, la mayoritaria opinión en contrario, tanto de la doctrina como de la jurisprudencia, que se muestra reacia a considerar

---

<sup>837</sup> Previamente han sido citadas las sentencias de 7 de noviembre de de 1979, 24 de febrero de 1986, 25 de julio de 1996 y 30 de diciembre de 2003, en las que se defiende reiteradamente la necesidad de cumplir con los requisitos formales de otorgamiento de los testamentos que exige el 620.

<sup>838</sup> Por ejemplo, en la también previamente citada resolución de de 21 de Enero de 1991.

<sup>839</sup> LACRUZ BERDEJO, J.L. RAMS ALBESA, J., y otros, *Elementos de Derecho Civil V*, op. cit., pag.158, opinan que “acaso se halla mejor fundada la tesis jurisprudencial (frente a la opinión de VALLET), sea porque representa la dirección doctrinal imperante al tiempo de redactarse el Código Civil, sea porque se ajusta mejor al sentido que a primera vista parece tener el artículo 620, sea porque las donaciones *mortis causa* al participar de la naturaleza de las disposiciones de última voluntad, lógicamente deben estar sometidas a idénticas prescripciones de forma”.

<sup>840</sup> Así lo entiende ALBALADEJO GARCIA, M., *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por ALBALADEJO GARCIA, M., Tomo VIII, Vol. 2, op. cit., pag. 69: “Al exigir en ese artículo que se otorgue en la forma pedida para las disposiciones testamentarias, le quita su individualidad, convirtiéndola, refundiéndola, identificándola, igualándola, como se quiera decir, en definitiva, haciéndola una disposición testamentaria más”.

que, de acuerdo con el artículo 620 del Código Civil, sea posible otorgar una donación *mortis causa*, pues dicho artículo las ha eliminado de nuestro ordenamiento jurídico.

Aunque hemos visto posturas a favor de su pervivencia, y dado que aquí estamos analizando las posibles vías de acceso al pacto de supervivencia fuera de Cataluña y en base al derecho civil común, no nos parece muy aconsejable acudir a una institución tan problemática y dudosa, pues, si ya de por sí el pacto de supervivencia presenta unas peculiaridades propias que hacen que nos planteemos con desconfianza y recelo su viabilidad en tal marco, a esto arrastraríamos ya desde su inicio todas las complicaciones previas de una institución cuya mera existencia positiva está en entredicho, con lo que su recomendación práctica nos parece temeraria.

En segundo lugar, y aunque nos parece que el argumento expuesto ya es suficiente para dejar de lado esta primera vía analizada, puntualizamos como segundo obstáculo que, en el caso de ser admitida la existencia y viabilidad de la donación *mortis causa*, si decidiéramos ajustar el pacto de supervivencia a esta, es evidentemente que debería regirse íntegramente por las disposiciones de los testamentos, tal y como se exige en el artículo 620 del Código Civil, y, en consecuencia, sería revocable unilateralmente por el donante de acuerdo con el artículo 737 del mismo Código. Y tal revocación, como el propio artículo establece, sería aplicable aun en el caso de que en la propia donación expresara el donante su *voluntad o resolución de no revocarlas*. Con ello, consecuentemente, estaríamos prescindiendo de un requisito fundamental del pacto de supervivencia, como es la irrevocabilidad del mismo, argumento que utilizamos para apuntalar el anterior y rechazar la posible estructuración del pacto de supervivencia como donación *mortis causa*.

## 1.2. Figuras intermedias entre la donación *mortis causa* y la donación *inter vivos*

Como habitualmente suele ocurrir, las visiones enfrentadas de un mismo asunto o problema también conocen de perspectivas intermedias que matizan una y otra postura. Así, también se ha sostenido que el artículo 620 del Código Civil no supone la radical eliminación de la donación *mortis causa*, sino que, si bien como negocio típico ha desaparecido, es posible dar forma a figuras de efectos parecidos. Concretamente, se ha apuntado a las antiguas donaciones *mortis causa* de tipo resolutorio, consistentes en una transmisión inmediata de la propiedad, pero revocable; y a las donaciones *mortis causa* de tipo suspensivo, en que la propiedad se transmite sólo al fallecimiento del donante, siendo también revocables hasta entonces<sup>841</sup>.

Dado que el artículo 620 excluye aquellas donaciones que producen sus efectos por causa de muerte, podría interpretarse que las que producen *parte de sus efectos* por causa de muerte entrarían dentro del artículo 621, y serían válidas. Así, podría justificarse la validez de una donación sobre la base de que algunos de sus efectos no se produzcan en vida del donante. Igualmente cuestionable sería la validez de la revocabilidad como criterio de distinción entre las donaciones *inter vivos* y *mortis causa*. A estos efectos, se ha afirmado que, en virtud del principio de autonomía de la voluntad, debería prevalecer la intención del donante sobre una “exigencia inderogable de irrevocabilidad”, de modo que este pudiera establecer cualquier limitación acorde con la naturaleza gratuita de la donación<sup>842</sup>.

El criterio de distinción de la revocabilidad arrastra la carga de los

---

<sup>841</sup> Así lo señala ESPEJO LERDO DE TEJADA, M., “Donaciones *mortis causa*...”, *op. cit.*, pags. 260 a 262.

<sup>842</sup> Concretamente, ESPEJO LERDO DE TEJADA, M., “Donaciones *mortis causa*...”, *op. cit.*, pag. 255, opina que “en nuestro sistema, el carácter liberal del negocio permite al disponente configurar como desee los efectos que deriven del mismo, y no funciona el principio “donar y retener no vale”; en nuestro Derecho la autonomía de la voluntad no puede quedar limitada por una exigencia inderogable de irrevocabilidad, sino que el donante podría imponer al donar las reservas o condiciones que estimara convenientes, incluso aquellas que le permitieran recuperar la cosa, lo cual resulta bastante lógico y muy coherente con el carácter gratuito de la donación”.



artículos 639 y 641, de modo que no parece que pueda defenderse como un valor absoluto. Igualmente, el artículo 620 no tiene como fin negar la validez de las donaciones *mortis causa*, sino señalar su ámbito normativo preciso, que es el de la sucesión testamentaria. Es precisamente esta remisión la que excluye las donaciones *mortis causa*, que carecen de validez por la falta de adecuación posible entre las normas propias del testamento y las de la donación.

Tal exclusión, sin embargo, no debería suponer una radical distinción entre ambas formas de donación. A fin de justificar este extremo, ESPEJO LERDO DE TEJADA ha señalado cuales son los efectos que, al producirse en vida del donante, excluyen la necesidad de acudir a las normas del testamento para configurar la donación:

- Transmisión de la propiedad plena al donatario, pero con posibilidad de revocación.
- Transmisión de la nuda propiedad al donatario, reservándose el donante del usufructo vitalicio; aunque fuera revocable.
- Transmisión de la propiedad tras la muerte del donante, pero siendo la donación irrevocable.

En todos estos supuestos, parece posible la defensa de su validez como donaciones, que deben regirse por las normas propias de las donaciones, dado que *en vida del donante* ya están produciendo determinados efectos, pero que producen efectos *mortis causa*. Y es que la atribución de la propiedad o de la nuda propiedad, aunque posteriormente se revoquen, atribuye desde el mismo momento de la transmisión un conjunto de facultades al donatario. Y lo mismo puede decirse de la donación de la propiedad tras la muerte del donante pero con carácter irrevocable: su mero otorgamiento está limitando desde ya el pleno ejercicio del dominio, al limitar su capacidad dispositiva<sup>843</sup>.

---

<sup>843</sup> ESPEJO LERDO DE TEJADA, M., "Donaciones *mortis causa*...", *op. cit.*, pag. 261. Plantea el autor un cuarto supuesto, pero del que guarda más dudas: el de la donación con transmisión de la propiedad *post mortem* y sujeta a una condición potestativa, consistente en el no ejercicio de la facultad de disponer por parte del

Por ello parece un interesante terreno para considerar la validez de tales supuestos. Ahora bien, todos ellos no hacen sino remitirnos a un mismo supuesto, que nos disponemos a analizar, que es el de las donaciones *inter vivos* con eficacia *post mortem*.

### **1.3. El pacto de supervivencia como donación *inter vivos***

La pregunta, tras lo expuesto en el apartado anterior, es la siguiente: ¿es posible que el pacto de supervivencia pueda constituir una donación *inter vivos*?

La principal objeción a tal posibilidad, como ya hemos expuesto, viene determinada por el propio Código Civil en su artículo 620, al determinar que *las donaciones que hayan de producir sus efectos por muerte del donante participan de la naturaleza de las disposiciones de última voluntad, y se regirán por las reglas establecidas en el capítulo de la sucesión testamentaria*.

Partiendo de esta clara afirmación del Código Civil, sólo cabría cuestionarnos lo siguiente: entendiendo el pacto de supervivencia como un negocio jurídico gratuito entre vivos, ¿sus efectos, efectivamente, se producen por muerte del donante, o antes?

Hemos expuesto también previamente que la particularidad fundamental de las donaciones *mortis causa* estriba en que el donante dispone de sus bienes para que un tercero los reciba después de su fallecimiento, pero sin quedar vinculado desde ya, esto es, sin que exista vinculación de presente por parte del donante. Las donaciones *inter vivos*, por el contrario, sí suponen una vinculación actual, esto es, coetánea al mismo otorgamiento y su aceptación.

En consecuencia, si de lo que se trata es de entender el pacto de supervivencia como una donación *inter vivos*, pero cuyos efectos se retrasen al momento de verificarse la muerte de uno de los dos adquirentes, entraríamos en el terreno de las denominadas “donaciones *inter vivos* con eficacia *post mortem*”. Tal modalidad de donación se ha

---

donante.

admitido y resulta válida, siempre y cuando se constate que son irrevocables para el donante durante toda su vida<sup>844</sup>.

A fin de justificar esta clase de donación, se ha interpretado que el artículo 620 proscribía únicamente aquellas donaciones que no produzcan de inmediato ningún efecto, esto es, que no vinculen al donante en modo alguno hasta su fallecimiento, siendo en caso contrario perfectamente válidas<sup>845</sup>.

En tal sentido, el Tribunal Supremo, en reiterada jurisprudencia, ha consolidado la línea interpretativa expuesta, de la que resulta la plena validez a este tipo de donaciones, cuya naturaleza es *inter vivos*, pero quedando su eficacia pospuesta a la muerte del donante. Podemos destacar a estos efectos la sentencia de 9 de junio de 1995, en la que se reconoce el criterio del Tribunal Supremo de considerar una donación como “*inter vivos*” aunque la cosa no se entregue de momento o se reserve la entrega “*post mortem*”, lo cual constituye una simple modalidad que no cambia la naturaleza del acto, pues la donación “*inter vivos*” no dejará de serlo cuando la circunstancia de la muerte opera como motivo puramente subjetivo, pero sin incorporarse a la donación como causa específica y determinante<sup>846</sup>.

Desde esta perspectiva, esto es, considerar el pacto de supervivencia como una donación *inter vivos* con eficacia *post mortem*, dos son las construcciones que podemos plantear<sup>847</sup>.

---

<sup>844</sup> ESPEJO LERDO DE TEJADA, M., “Donaciones *mortis causa*...”, *op. cit.*, pag. 253 y 254. Igualmente DE LOS MOZOS, J.L., *op. cit.*, pag. 435, afirma que “la modalidad de las donaciones entre vivos con efectos diferidos a la muerte del donante, en modo pleno, sean o no condicionales, es algo que está plenamente reconocido por la jurisprudencia”.

<sup>845</sup> Así, LACRUZ BERDEJO, J.L. RAMS ALBESA, J., y otros, *Elementos de Derecho Civil V*, *op. cit.*, pag.159, precisan que deben “considerarse como donaciones *inter vivos* todas aquellas que, aun aplazando la transmisión de la propiedad a la muerte del donante, se declaran irrevocables y válidas de presente, pues tal validez representa un efecto actual”.

<sup>846</sup> Para un estudio más detallado de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, véase DE LOS MOZOS, J.L., *op. cit.*, pags. 432 a 435.

<sup>847</sup> ALBALADEJO GARCIA, M., *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por ALBALADEJO GARCIA, M., Tomo VIII, Vol. 2, *op. cit.*, pags. 61 y 62, señala en relación con las donaciones que, “con vinculación actual, son *inter vivos*:

1.º Las que se proponen transmitir ya, sin más, la titularidad de la cosa al donatario.

En primer lugar, que se produzca una donación mediante la que se transmita la propiedad al donatario desde la misma aceptación, pero quedando la cosa donada en posesión del donante hasta que fallezca.

En este caso, la clave reside en la idea de transmitir *desde ya* la titularidad, pero no el bien. Es decir, y moviéndonos en el terreno del pacto de supervivencia, transmitir con el otorgamiento del pacto la titularidad de la cuota adquirida por uno al otro, pero no de forma plena (manteniendo cada uno respectivamente el uso del bien).

Claramente, nada sería más contrario al pacto de supervivencia que esto, pues lo que con el mismo se busca es, precisamente, no transmitir la titularidad hasta que se produzca el fallecimiento de uno de los otorgantes, ya que cuando este se produzca, se reunirá en el otro el pleno dominio de la cosa, con lo que en modo alguno podría perseguirse transmitir la titularidad desde ese primer momento.

El pacto de supervivencia, recordemos, persigue que cada uno mantenga su titularidad sobre una cuota hasta que el fallecimiento de uno de ellos conlleve el aumento de la titularidad del premuerto a favor del superviviente, que necesariamente tiene que mantener a su vez su propia titularidad<sup>848</sup>.

La segunda situación a considerar sería que se condicionara de modo suspensivo o resolutorio la validez de la donación, quedando

---

2.º Las que se proponen transmitir ya la titularidad de la cosa al donatario, aunque queda en manos del donante hasta su muerte.

3.º Las en que, con ocasión de enfermedad o cualquier otro peligro para su vida, y ante el temor de perderla, el donante dispone ya de la cosa para que donatario la adquiera sin más, bien dándosela inmediatamente, bien aun conservándola en su poder, pero ya no como suya.

4.º Las en que, de cualquier modo, la transmisión de la titularidad de la cosa quede condicionada suspensiva o resolutoriamente, o de alguna manera aplazada (siempre que no ocurra que el donante se reserve facultad de revocar y que de la circunstancia que se pone para condicionar o aplazar la transmisión resulte en definitiva que lo establecido es un mecanismo en cuya virtud la transmisión de la titularidad de lo donado del donante al donatario sólo es querida para cuando aquél muera)".

El pacto de supervivencia no podría engarzarse de ningún modo ni en el 1.º grupo de la clasificación ni en el 3.º, por lo que nos detendremos en los otros dos.

<sup>848</sup> Algo semejante a la transmisión de la nuda propiedad con reserva del derecho de usufructo para el donante. Alternativa esta que, en modo alguno, podría plantearse a efectos del pacto de supervivencia, ya que el artículo 231-15 en ningún caso se refiere a tal tipo de adquisición, que además podría dar lugar a efectos secundarios indeseados, tales como la inscripción de los respectivos derechos de usufructo en el Registro de la Propiedad

aplazados hasta el momento preciso sus efectos. Para ello, sería preciso que la condición o aplazamiento no consistieran en una mera postergación de la transmisión de la titularidad de lo donado hasta el fallecimiento del donante, que es precisamente lo que caracteriza a la donación *mortis causa*.

Pienso que siendo tentadora la perspectiva de configurar el pacto de supervivencia como una donación *inter vivos* con eficacia *post mortem*, un análisis profundo de la causa del negocio que estudiamos debería llevarnos a rechazar esta posibilidad. Se ha afirmado que en tal clase de donación la muerte no puede incorporarse como *causa específica y determinante*. Y esto es precisamente lo que ocurre en el pacto de supervivencia. No se trata de adquirir algo con la idea de transmitirlo al otro, sino de adquirir un bien de forma conjunta a fin de que el superviviente, tras el fallecimiento de uno de ellos, se consolide como pleno propietario. Tal expectativa aleja, en mi opinión, el carácter accidental o secundario, o condicional de la muerte, para erigirla en verdadera causa del contrato. No es simplemente un requisito para determinar la eficacia del negocio, sino que constituye un verdadero elemento de la causa misma<sup>849</sup>.

En esta línea argumental, se ha precisado que, siendo inherente a la donación *inter vivos* la transmisión del dominio, el aplazamiento de sus efectos, “referido a la muerte del donante, es un elemento natural de la donación *mortis causa*. De tal diferencia, deriva también el que, en la primera, la atribución o disposición efectuada sea normalmente *irrevocable*, mientras que, en la segunda, la *revocabilidad*, es esencial por tratarse de un acto de última voluntad, de lo que existe abundante jurisprudencia que así lo reconoce”<sup>850</sup>.

---

<sup>849</sup> Me refiero a la causa de los negocios *mortis causa* en el sentido que le atribuye BETTI, E., *op. cit.*, pag. 264: “En los negocios *mortis causa* la muerte no es prevista arbitrariamente como un evento cualquiera, extraño a la estructura del negocio, sino causa del negocio. Respecto al negocio, el evento de la muerte funciona como *condicio iuris*, y es, a una con el negocio, un elemento constitutivo del supuesto de hecho complejo que tiene por efecto la adquisición *mortis causa*”.

<sup>850</sup> En palabras de DE LOS MOZOS, J.L., *op. cit.*, pag. 436.

En las donaciones *mortis causa*, pues, no se transmite en ningún caso de presente, sino que su esencia radica en efectuar una previsión en atención al fallecimiento del disponente, que, como tal, puede ser revocable en cualquier momento. No es que la disposición se aplaze o condicione, pues la muerte no es plazo o condición, sino que constituye una verdadera *conditio iuris*. De ahí su consideración como disposición de última voluntad<sup>851</sup>.

En reiterada jurisprudencia se reconocen estas características. Y, concretamente, en sentencias de 7 de junio de 1960, 7 de noviembre de 1979 o 25 de julio de 1996, se admite como esencial la circunstancia de que el donante conserva el dominio de la cosa legada y no transmite de presente su titularidad, hecho que la convierte en revocable. De este modo, su eficacia no se origina en vida del disponente, sino que esta se produce precisamente a raíz de su fallecimiento.

En consecuencia, las donaciones *inter vivos* con efectos *post mortem*, se caracterizan precisamente por lo contrario: son irrevocables por coherencia con el fin que se persigue, que es la transmisión de presente del dominio, quedando sus efectos pospuestos al fallecimiento.

Es precisamente en esta circunstancia en la que el modelo no acaba de cuadrar para engarzar en el mismo el pacto de supervivencia. Lo inherente al mismo es la conservación del dominio hasta que se verifique el fallecimiento de uno de ellos, no la transmisión inmediata de uno a favor del otro, a expensas del fallecimiento. Y esto es así porque lo que cada uno de los otorgantes debe perseguir es atribuir la propiedad que le corresponda al otro, pero sin perder la suya, pues lo contrario también puede suceder.

No se trata de que tras adquirir una propiedad en conjunto cada uno de los otorgantes desee transmitir *inmediatamente* la parte de propiedad que le corresponda al otro con eficacia *post mortem*, sino que lo que se pretende es que, manteniendo entre ambos la propiedad conjunta, el fallecimiento de uno de ellos determine quién *adquiere en ese momento* la propiedad completa, por disposición con eficacia *mortis*

---

<sup>851</sup> *Ibidem*.

*causa*, efectuada recíprocamente.

No se busca por cada uno de los adquirentes, ni siquiera, que el otro devenga en un futuro propietario del total: lo que se persigue es que sea el fallecimiento de uno de ellos, el que sean el fenómeno que determine la adquisición del pleno dominio de toda la cosa por el otro.

Por todo ello, y pese a que la noción de irrevocabilidad sí se ajusta al modelo que estudiamos, no me parece adecuado considerar el pacto de supervivencia como una donación *inter vivos*, aunque admito que se trata simplemente de una apreciación sobre el sentido causal de la recíproca atribución.

Ahora bien, si prescindimos de toda la corriente dogmática que sustenta los pactos de supervivencia catalanes, podría admitirse que, a los efectos de conseguir un fin parecido, este tipo de donaciones conseguirían el resultado perseguido, lo cual las dota de no poca relevancia.

#### **1.4. Una última posibilidad: la donación de bienes futuros**

Ahora bien, caso diferente a todo lo anterior es el contemplado por el artículo 1341.2º:

*Igualmente podrán (los futuros cónyuges) donarse antes del matrimonio en capitulaciones bienes futuros, sólo para el caso de muerte y en la medida marcada por las disposiciones referentes a la sucesión testada”.*

Se contempla directamente la posibilidad de un *próximo cónyuge* pueda donar al otro *bienes futuros*, concepto que debe ser entendido no como bienes que necesariamente deba tener en un futuro, y no ahora, sino como aquellos que deje a su muerte, de los que disponga para ese momento. La doctrina mayoritaria ha reconocido el carácter *mortis*

*causa* de esta disposición<sup>852</sup>. Así se ha señalado que se trata de un caso asimilado a la sucesión contractual, que requiere de la supervivencia del donatario<sup>853</sup>, e incluso que se trata del único caso de donación *mortis causa* que existe en el Código Civil<sup>854</sup>.

Sin embargo, los requisitos para su otorgamiento son muy restrictivos:

- Debe ser otorgada por *futuros cónyuges*; es decir, antes del matrimonio.
- Deben ser otorgadas en capitulaciones matrimoniales.
- Su validez queda condicionada a la celebración del matrimonio dentro del año siguiente.

Además, están sujetas al respeto de las disposiciones relativas a la sucesión testada, lo que implica obviamente al sistema de legítimas.

Por otro lado, se ha reconocido por parte del Tribunal Supremo que estas donaciones tienen carácter irrevocable, si bien en pretérita jurisprudencia (sentencia de 20 de octubre de 1908, sobre un caso anterior a la entrada en vigor del Código Civil). Este carácter irrevocable, no obstante, ha sido defendido de forma amplia por la doctrina<sup>855</sup>. En este sentido, se ha señalado que la revocabilidad inherente a las donación *mortis causa* pertenece a su naturaleza, pero no a su esencia, a fin de justificar tal efecto<sup>856</sup>.

La posibilidad de considerar el pacto de supervivencia bajo el

---

<sup>852</sup> Afirma DORAL GARCIA, J.A., *op cit.*, pag. 95, que “se ha interpretado por un sector de la doctrina como *donación mortis causa sin paliativo de ningún orden*, es decir, revocable en vida; mientras que otro sector entiende que se trata más bien de una sucesión contractual, generalmente irrevocable y encaminada en la mayor parte de los casos a perpetuar el patrimonio familiar”.

No obstante, MANZANO FERNANDEZ, M.M., *Donaciones de Bienes por Razón de Matrimonio*, Thomson Reuters – Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2013, pags. 99 y 100, precisa que otros autores (MANRESA, PUIG PEÑA) han señalado que la misma constituye “una donación *inter vivos*, irrevocable, pero limitada a los bienes del donante existentes a su muerte”.

<sup>853</sup> LACRUZ BERDEJO, J.L., RAMS ALBESA, J., y otros, *Elementos de Derecho Civil IV. Familia*, Dykinson, Madrid, 2010, pag. 149.

<sup>854</sup> ALBALADEJO GARCIA, M., *La Donación*, *op. cit.*, pag.616.

<sup>855</sup> Así LACRUZ BERDEJO, J.L. y RAMS ALBESA, J., *Elementos de Derecho Civil IV*, *op. cit.*, pag. 150; ALBALADEJO GARCIA, M., *La Donación*, *op. cit.*, pag. 592; o MANZANO FERNANDEZ, M.M., *op. cit.*, pag. 106.

<sup>856</sup> LACRUZ BERDEJO, J.L. y RAMS ALBESA, J., *Elementos de Derecho Civil IV*, *op. cit.*, pag. 150.



prisma de una donación *mortis causa*, que parecía desaconsejable en todo caso, acaso admita la excepción de este supuesto. Reúne requisitos que son inherentes al pacto, como son el carácter familiar, la vocación de favorecer al cónyuge, o su carácter irrevocable. Sin embargo, la limitación a su formulación *previa al matrimonio*, así como la exigencia de capitulaciones matrimoniales y celebración del matrimonio en un año, imposibilitan a las parejas de hecho su otorgamiento, así como a las parejas de ya casados, lo que nos aleja del modelo previsto.

La conclusión que todo esto me sugiere es que, como caso puntual, la donación para caso de muerte otorgada por futuros cónyuges podría ser un medio válido para efectuar una disposición semejante a la que contiene el pacto de supervivencia, si bien mucho más delimitada subjetiva, formal y temporalmente, por lo que puede servir de modelo residual, pero no como regla general.

## **2. Pacto sucesorio: luces y sombras de una alternativa arriesgada**

### **2.1. La sucesión contractual. Concepto, características y clases**

De conformidad con las conclusiones expuestas en la parte del presente trabajo dedicada al estudio de las adquisiciones onerosas con pacto de supervivencia, propias del Derecho Civil Catalán, nada sería más coherente y acorde con aquellas que plantear la posibilidad de acordar un pacto semejante conforme a las disposiciones del Derecho Civil Común; es decir, reafirmar la naturaleza sucesoria de tal tipo de acuerdo y vincularlo a la sucesión contractual. Con ello, se reforzarían los argumentos a favor del carácter sucesorio de la propia institución catalana, a la vez que se hermanarían ambos negocios.

Cuando hablamos de sucesión contractual, conviene recordarlo, nos referimos a “aquella ordenación *mortis causa* en la que la voluntad

del ordenante queda vinculada a otra voluntad, no pudiendo revocarse dicha ordenación por el causante de modo unilateral”<sup>857</sup>.

Parece no haber discusión en cuanto a la naturaleza *mortis causa* de este negocio, pues con el mismo se busca regular supuestos que tienen su origen en el fallecimiento de una persona. Sin embargo, tal naturaleza no excluye su compatibilidad con la calificación de actos *inter vivos*, como algún autor ha apuntado, pues el acuerdo que constituye el pacto debe celebrarse necesariamente entre dos personas vivas<sup>858</sup>. Coexisten, pues, elementos propios de los negocios *inter vivos*, tales como el acuerdo de voluntades, con la finalidad y objeto inherentes a las disposiciones de última voluntad, que son los que dotan de verdadera trascendencia y sentido a esta institución<sup>859</sup>.

Tradicionalmente, se ha considerado que los pactos sucesorios, atendiendo a su objeto, se pueden clasificar en pactos de *succedendo*, o pactos institutivos; pactos de *non succedendo*, o pactos renunciativos; y los más controvertidos pactos de *hereditate tertii*, o pactos dispositivos<sup>860</sup>.

Los pactos sucesorios institutivos, o confirmativos, constituyen el supuesto más típico, y mediante los mismos uno de los otorgantes instituye heredero, o legatario, recayendo tal nombramiento bien en el otro otorgante, bien en un tercero. También puede ocurrir que ambos otorgantes se instituyan herederos o legatarios de modo recíproco.

En principio, tal institución limita la capacidad de disponer del otorgante del bien o bienes objeto del pacto, tanto por actos *mortis causa* como por el ejercicio de negocios gratuitos; se admite, dado que la transmisión de bienes no tendrá lugar hasta el fallecimiento del ordenante, que este pueda disponer de los bienes pactados por actos

---

<sup>857</sup> Palabras de LACRUZ BERDEJO, J.L., RAMS ALBESA, J., y otros, *op. cit.*, pag. 291.

<sup>858</sup> HERRERO OVIEDO, M., “El Renacer de los Pactos Sucesorios”, *Estudios de Derecho de Familia y Sucesiones*, ALVAREZ GONZALEZ, S., GARCIA RUBIO, M.P. y REQUEJO ISIDRO, M. (Coords.), De Conflictu Legum, Santiago de Compostela, 2009, pag. 201.

<sup>859</sup> ESPEJO LERDO DE TEJADA, M., *La sucesión contractual en el Código Civil*, *op. cit.*, pag. 56: “No es la bilateralidad ni la onerosidad lo que permite calificar un contrato como sucesorio o *inter vivos*, sino precisamente su objeto”.

<sup>860</sup> CASTAN TOBEÑAS, J., *Derecho Civil Español, Común y Foral, Derecho de Sucesiones*, Tomo Sexto, Volumen Tercero, Madrid, *op. cit.*, pags. 249 a 252.

*inter vivos*, siempre y cuando no sea con ánimo de perjudicar al instituido<sup>861</sup>.

Los pactos de no suceder son aquellos mediante los cuales una persona renuncia a los derechos que le pudieran corresponder en la herencia de otra. Se diferencian, pues, de la repudiación de la herencia en que esta opera sobre una herencia yacente, tras abrirse la sucesión, mientras que la renuncia por medio de pacto sucesorio tiene lugar en vida del causante.

Finalmente, los pactos dispositivos son aquellos mediante los cuales se acuerda el destino de bienes integrados en la futura herencia de un tercero a favor de otra persona distinta a su previsto destinatario, ya sea a título oneroso o gratuito. Por su peculiar naturaleza, puede considerarse que no constituyen en puridad una institución propia de la sucesión *mortis causa*, sino más bien del Derecho de obligaciones<sup>862</sup>.

De estos tres tipos de sucesión contractual, resulta claro que el que debe interesarnos, a los efectos del presente estudio, es únicamente el que se refiere a los pactos de *succedendo*, toda vez que las otras dos categorías se alejan en cuanto a finalidad de la perseguida por el pacto de supervivencia.

La sucesión contractual, en su vertiente institutiva, se caracteriza, según hemos apuntado, por constituir una peculiar forma de delación hereditaria, ya que genera un vínculo de carácter obligatorio entre el denominado instituyente y un tercero, que puede ser o no el favorecido por la disposición, y que puede consistir bien en un mero legado, bien en una auténtica institución de heredero. Como consecuencia de la misma, según hemos apuntado, el instituyente verá limitada su capacidad de disposición sobre la cosa o cosas objeto del pacto, tanto por actuaciones *mortis causa* como *inter vivos*, aunque en este caso única y exclusivamente cuando sean objeto de transmisiones

---

<sup>861</sup> En este sentido CASTAN TOBEÑAS: *ibid.*, pag. 251.

<sup>862</sup> Así CASTAN. *Ibid.*, pag. 252.

gratuitas<sup>863</sup>.

Las tres características definitorias del pacto sucesorio, pues, son la bilateralidad, la irrevocabilidad y la limitación de la capacidad dispositiva del instituyente, salvo por actos *inter vivos* onerosos.

De estas tres características, acaso la más trascendente, tanto a la hora de su configuración como de su admisión en el sistema civil sucesorio, sea la de la *irrevocabilidad unilateral*. Es este carácter irrevocable el que dota a esta institución de una mayor seguridad en cuanto a sus efectos frente al testamento, esencialmente revocable; e igualmente por ello es por lo que puede dudarse de su admisibilidad en el ámbito sucesorio, donde no siempre ha estado bien visto que la voluntad del disponente quede sujeta de por vida, sin posibilidad de cambio. Efectivamente, el argumento fundamental para rechazar la admisión de la sucesión contractual por el Código Civil estriba en la esencial revocabilidad de toda disposición testamentaria, de la que se deriva el más absoluto rechazo a cualquier tipo de coerción sobre la libertad del testador, pues la revocabilidad permite al testador acomodar su testamento a las circunstancias o avatares que se van desarrollando a lo largo de su vida

Igualmente relevante es el hecho en que sea una sola persona, el ordenante o disponente, el que resulta comprometido por el contrato sucesorio, siendo la otra parte únicamente receptora de su declaración, bien como beneficiaria de la misma, lo que en la práctica supone una previa aceptación en concepto de heredero o legatario, según sea el contenido del pacto, o bien como mera receptora de dicha declaración, efectuada a favor de un tercero. En este caso, la actuación de la contraparte se limita a recibir la declaración del disponente, que por sí mismo queda obligado, de modo semejante al que produce la aceptación en las donaciones.

---

<sup>863</sup> En caso de incumplimiento, parece lógico que el favorecido cuente con acción tanto contra el propio disponente como contra los facultados para cumplir lo pactado, en caso de que se haya producido ya el fallecimiento de aquel. En este sentido: NAVAS NAVARRO, S., “El pacto sucesorio de atribución particular en el Código Civil de Catalunya”, *Indret*, Barcelona, 2008; disponible en internet en: [www.indret.com/pdf/636\\_es.pdf](http://www.indret.com/pdf/636_es.pdf), pag. 32.

De lo expuesto, cabe deducirse fácilmente qué ventajas e inconvenientes presenta la sucesión contractual frente al testamento: mientras este es un acto individual, personal, unilateral y no recepticio, consistente en una declaración de voluntad que siempre puede estar sujeta a cambios, pues la esencia de la sucesión testamentaria estriba en su naturaleza maleable, de modo que nadie pueda quedar definitivamente vinculado por lo que vierte en testamento, el pacto sucesorio se gesta a partir de una lógica radicalmente opuesta; esto es: la vinculación desde ya y hasta producirse el fallecimiento del ordenante con lo acordado, de modo que, salvo causas excepcionales, no pueda modificar ni dejar sin efecto lo pactado.

Esta diferenciación ha determinado que, tradicionalmente, se consideren tres clases de sucesión: la testada, la intestada o legal, y la contractual. Ahora bien, que tales sistemas sucesorios existan, no quiere decir que sean aptos en todo ordenamiento. Y así, mientras que dentro de nuestro propio país, por no acudir allende las fronteras, en el seno del Derecho Catalán o Vasco, existen las tres formas de delación sucesoria, no ocurre lo mismo bajo el dominio del Código Civil. Tiene su origen último este diferente trato en la tradición romanista o germánica que inspira y asienta nuestros derechos nacionales. Tales fundamentos se traducen en que la mayoría de los derechos forales admiten este tipo de sucesión, mientras que el derecho castellano, de mayor influencia romanista, se muestra reacio a ello.

En consecuencia, la materia de los pactos sucesorios se torna extremadamente conflictiva a la luz del Código Civil, pues no solo no contempla la alternativa de la sucesión contractual como un modo válido de conformar la sucesión, sino que más bien parece prohibir cualquier manifestación de la misma.

## **2.2. La sucesión contractual y el Código Civil**

De sobra es conocida la alargada sombra del artículo 1271.2 del Código Civil, sobre la que se ha asentado la aparente prohibición de

cualquier modalidad de sucesión contractual, al margen de los derechos forales. Su origen parte, según se ha dicho, de la época romana, ya que con carácter general, y salvo concretas excepciones durante el periodo de Justiniano, la llamada sucesión contractual no gozó de aceptación<sup>864</sup>. Este planteamiento se mantuvo en *Las Partidas*<sup>865</sup>, si bien fue cambiando durante la época feudal, en la que se desarrolló ampliamente este tipo de forma sucesoria<sup>866</sup>. Sin embargo, con el fin del sistema feudal y el auge del Derecho Canónico y Romano, retornó la caída en desgracia de los pactos sucesorios, en atención a motivaciones de orden moral y al hecho de que su objeto fuera contratar sobre la herencia futura<sup>867</sup>.

Posteriormente, esta aversión a la sucesión contractual alcanzó de lleno la fase codificadora del Derecho Civil castellano, y como tal se percibe claramente a partir de la concurrencia de tres artículos: el 658, el citado 1271.2 y, en relación directa con el mismo, el 1056.

El primero de estos artículos sanciona categóricamente que la sucesión se defiende por la voluntad del hombre manifestada en testamento y, a falta de este, por disposición de la ley, llamándose a la primera sucesión testamentaria, y a la segunda legítima, o abintestato.

Tal sanción parece excluir, en principio, cualquier otra forma de delación hereditaria, pues de la misma no se deriva ningún otro instrumento válido para contener disposiciones de eficacia *mortis causa* más allá del testamento, en cuyo defecto entraría en juego en todo caso la sucesión intestada.

Por si no fuera poco, el artículo 1271, en su segundo párrafo, y en la quizá escasamente apropiada ubicación sistemática del capítulo destinado a regular los requisitos esenciales del contrato, establece que

---

<sup>864</sup> HERRERO OVIEDO, M., *op. cit.*, pag. 203; y ESPEJO LERDO DE TEJADA, M., *La Sucesión Contractual...*, *op. cit.*, pags. 37 a 41.

<sup>865</sup> 5, 11 y 33.

<sup>866</sup> Así en las *Leyes de Toro*, 17 y 22, donde se admiten los pactos sucesorios respecto de las mejoras.

<sup>867</sup> *Ibid.*, pags. 203 y 204.

sobre la herencia futura únicamente podrán celebrarse aquellos contratos que tengan por objeto practicar entre vivos la división de un caudal y otras disposiciones particionales, remitiéndose al contenido del previo artículo 1056, en virtud del cual se habilita al testador para que, bien por actos *inter vivos*, bien *mortis causa*, efectué la partición de sus bienes, teniendo la misma plena validez siempre y cuando no perjudique la legítima de los herederos forzosos.

La suma de estos tres artículos ha conducido a que buena parte de la doctrina interprete que el Código Civil, si bien no de un modo directo y claro, pues en ningún caso efectúa una prohibición taxativa, excluye del sistema sucesorio la sucesión contractual. La opinión generalizada es que tras la clasificación contenida en el artículo 658, la suma del 1271.2 y el 1056 lo único que permite es efectuar los actos preparativos de la futura partición, pero sin que la misma tenga valor dispositivo, sino meramente partitivo<sup>868</sup>. El futuro causante, de este modo, no quedaría en modo alguno obligado ni limitado por tal acuerdo, y conservaría íntegra su capacidad de testar con posterioridad, respetando o no el reparto acordado. En consecuencia, la concurrencia de los futuros y posibles herederos únicamente tendría un alcance “moral”, sin que su anuencia en relación con el reparto establecido de común acuerdo pudiera constituir ninguna clase vínculo legal obligatorio<sup>869</sup>.

El aspecto contractual de tal partición previa, pues, queda anulado, pues tal contrato no existiría desde el momento en que nadie queda obligado a nada, sino que únicamente se salvaguarda el derecho a poder acordar de forma previa, y con la asistencia de los futuros herederos, el modo en que llegar a cabo el reparto hereditario, pero sin que de dicho acuerdo surja la obligación de respetar lo acordado. Esto es, se permite la reunión para hablar de cómo efectuar la distribución de la herencia, pero sin que tales conversaciones deriven en un aspecto

---

<sup>868</sup> ESPEJO LERDO DE TEJADA, *La Sucesión Contractual...*, op. cit., pag. 199.

<sup>869</sup> *Ibid.*, pag. 209.

vinculante que condicione el futuro reparto.

En este sentido se pronunció el Tribunal Supremo en la tremendamente influyente, y lejana en el tiempo, sentencia de 13 de junio de 1903, en la que, a raíz del juego cruzado del artículo 1271.2 con el 1056, se consideró que dado que de la suma de estos dos artículos resulta que sobre la herencia futura no se podrán celebrar otros contratos que aquellos cuyo objeto sea practicar entre vivos la división de un caudal, resulta:

*Que la partición así hecha habría de realizarse sobre la base de una sucesión testamentaria o legal a cuyas reglas fundamentales y llamamientos deberá acomodarse la partición, pues ni a uno ni a otro precepto se le puede dar más alcance que el de prever y dejar hecho en vida lo que de otra suerte habría que practicar a la muerte del testador para realizar la división del caudal entre los interesados.*

*Considerando, de todas suertes, que una mera partición hecha, ya entre dichos interesados, ya con la intervención del dueño del caudal, lo mismo si se ajusta a un testamento que a las reglas de un abintestato, en ningún caso puede por su índole producir la menor coartación en la libre facultad de aquel para testar en cualquier tiempo, variando o modificando sustancialmente las condiciones de dicha partición.*

En definitiva, se trata de constatar que el referido acuerdo particional únicamente puede tener cabida dentro de los límites marcados por el causante en testamento, o por la ley en el desarrollo de la sucesión intestada, y que estos límites no pueden ser conculcados en modo alguno por ningún tipo de acuerdo contractual, cuente o no con el consenso del causante.

A modo de ejemplo, esta concepción supone que de existir, supongamos, una situación tal que una persona haya nombrado en testamento a sus dos hijos herederos por igual, puede darse el caso de que los tres convengan, en vida del padre, el modo en que la sucesión vaya a practicarse de modo equitativo; pero lo que no pueden acordar,



contra lo consignado en el testamento, es que uno de los hijos vaya a recibir más que el otro.

Este criterio se encuentra desarrollado en la posterior sentencia del Tribunal Supremo de 29 de octubre de 1960, en la que, tras afirmarse la prohibición general de los pactos sucesorios contenida en el artículo 1271 del Código Civil, se refiere a la excepción contenida en el mismo del siguiente modo:

*Ha de entenderse la excepción que el propio precepto establece relativa a la partición de bienes, en el sentido de autorizar al testador para practicar entre vivos la división de un caudal, por la que conforme al artículo 1056, ha de pasarse en tanto no perjudique la legítima de los herederos forzosos, pero sin que tal autorización pueda suponerse concedida – como la jurisprudencia tiene declarado – sino cuando la partición se halla respaldada por una disposición testamentaria, con la que ha de tener perfecta adecuación, y a la que, por de ella derivar y traer causa, ha de supeditarse, ya que al no ser la partición sino la ejecución o puesta en práctica de lo en testamento dispuesto, necesariamente ha de estar sometida a la vigencia de este.*

Y es que el criterio determinante, al primar de un modo absoluto la disposición testamentaria, es la esencial revocabilidad de los testamentos. En este sentido, la citada sentencia confirma tal criterio como base sobre la que juzgar los acuerdos previos sobre la herencia, y no duda en referirse a aquellos negocios particionales que pretendan fijar de un modo ineludible y definitivo el futuro reparto hereditario, contraviniendo la libertad de testar y modificar lo testado, como actos nulos, carentes de eficacia jurídica por vulnerar la irrevocabilidad que sanciona el artículo 737 como nota esencial de los testamentos.

En definitiva, lo que parece deducirse de todo lo dicho es que el campo de juego creado por el Código Civil tiene como fin, por un lado, dejar un pequeño espacio abierto para la planificación familiar sobre las

consecuencias del fallecimiento de uno de sus miembros, partiendo acaso de la comprensible idea de que en vida del causante todo pueda ser encauzado con mayor facilidad; y, por otro, de la inquebrantable defensa de la libertad para testar, que en ningún modo puede verse violentada<sup>870</sup>. En este sentido, la prohibición de que los acuerdos particionales tengan trascendencia vinculante sin duda hunde sus raíces en tal idea, pues en el fondo late la concepción esencial de que los actos de última voluntad son esencialmente revocables, no pudiendo un acuerdo contractual sobre la futura partición, por meditado y serio que sea, vincular para siempre y sin posibilidad de cambio al futuro causante.

Por todo ello, parece quedar clara la inherente prohibición que del Código Civil se dimana frente a la sucesión contractual. Así, reconoce parte de la doctrina que, dado que “el artículo 1.056 no regula ningún contrato, ni los futuros sucesores se dividen entre sí la herencia de una persona todavía viva, ni menos una herencia que deba recaer forzosamente en ellos, (...) la expresión del Código Civil equivale a prohibir, en principio, todos los pactos sucesorios, de acuerdo con la línea general de revocabilidad esencial del testamento que inspira su normativa”<sup>871</sup>.

Para otros, siendo la regla general de nuestro ordenamiento civil la exclusión de los contratos sucesorios, la misma cabe deducirse no sólo del artículo 1271, sino también de otros artículos del mismo cuerpo legal, como el 658, que sólo parece admitir la sucesión testada e intestada; el 816, donde se establece la nulidad de la renuncia y de la transacción sobre la herencia futura; o el 991, que determina que no se podrá aceptar ni renunciar a la herencia sin estar ciertos del

---

<sup>870</sup> Así parece entenderlo también la Dirección General de Registro y del Notariado, que, en resolución de 14 de junio de 2012, sobre la que más adelante ahondaremos, recuerda que el principio de libertad de testar, y con él la posibilidad de revocar en cualquier momento toda disposición testamentaria, de acuerdo con el artículo 737 del Código Civil, fundamenta la prohibición, con carácter general, de los pactos sobre la herencia futura.

<sup>871</sup> Concretamente LACRUZ BERDEJO, J.L., RAMS ALBESA, J., y otros, *op. cit.*, pag. 293.

fallecimiento y del derecho a la herencia<sup>872</sup>.

### **2.3. Argumentos en contra de la actual regulación, o de la falta de ella. Posicionamientos doctrinales favorables a la sucesión contractual**

En la actualidad, sin embargo, se considera por buena parte de la doctrina que el fundamento de la repulsa a la sucesión paccionada no puede ser más arbitrario y caduco<sup>873</sup>, pues parte de un conjunto de prejuicios, tanto de orden jurídico como social, económico y político, que arrancan de la mentalidad del codificador francés en los tiempos posteriores a la Revolución Francesa, cuya influencia sobre el Código Civil español es harto conocida.

En efecto, las preocupaciones de la Francia de mediados del Siglo XIX, poco tienen que ver con las actuales, y las lógicas reticencias que inspiraron aquella regulación, tales como prevenir nuevas vinculaciones y mayorazgos<sup>874</sup>, carecen ahora de la más mínima trascendencia.

Igualmente irrelevante parece el clásico argumento esgrimido de que la sucesión contractual pone en peligro la vida del otorgante del mismo, al ser un incentivo exagerado a favor del beneficiario, que no desearía otra cosa que su muerte<sup>875</sup>. Tal razonamiento, heredero del *votum mortis* de los juristas romanos y medievales<sup>876</sup>, parte de que la institución contractual de heredero puede fácilmente derivar en un denodado interés por parte del instituido en la muerte del instituyente, a raíz del simple hecho de saberse beneficiario por la vía sucesoria. Planteamiento este que no sólo carga con el evidente prejuicio, más que hobbesiano, de considerar a todo hombre un potencial asesino de sus allegados, sino que resulta ridículo en el marco de nuestro sistema

---

<sup>872</sup> Concretamente PUIG BRUTAU, J., *Fundamentos de Derecho Civil*, Tomo V, Volumen III, Bosch, Barcelona, 1977, pag. 431.

<sup>873</sup> Véase por todos RAMS ALBESA, J., *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, *op. cit.*, pags. 465 a 467.

<sup>874</sup> *Ibid.*, pag. 465.

<sup>875</sup> *Ibidem*. Véase también, entre otros, HERRERO OVIEDO, M., *op. cit.*, pag. 204.

<sup>876</sup> LACRUZ BERDEJO, J.L., RAMS ALBESA, J., y otros, *Elementos de Derecho Civil, Sucesiones*, *op. cit.*, pag. 292.

sucesorio, donde las legítimas y las normas de sucesión intestada ya crean un contexto en el que los familiares se saben prioritarios receptores de una parte o del todo de la herencia. ¿Por qué va a ser más peligroso un pacto sucesorio entre un padre y su hijo, que las normas de sucesión del Código Civil? ¿Acaso no entraña un riesgo semejante, sino mayor, el poder de perjudicar vía testamento las expectativas de los herederos? Si peligroso es saberse heredero de un determinado patrimonio por vía contractual, ¿no lo es más creerse damnificado por el futuro otorgamiento de un testamento, o la revocación de uno pasado, y, en consecuencia, obrar para evitar dichos cambios, de cualquier modo?

Tomemos en este sentido, además, el plus de seguridad que la irrevocabilidad inicial del pacto sucesorio presenta frente al testamento. Quien sea beneficiario del pacto, salvo supuestos especiales, sabe que en su día recibirá lo acordado; pero quien se sepa beneficiado por la existencia de un testamento, o la ausencia del mismo, vivirá toda su vida con la inquietud de un postrer cambio que trunque sus expectativas, generando un desasosiego que, a qué negarlo, podría desembocar en un denodado interés por prevenir cualquier posible cambio, del modo más expeditivo.

A donde quiero llegar es a que el temor a que alguien pueda incurrir en un delito tan grave como el homicidio o el asesinato no puede ser esgrimido para tolerar o no la existencia de una figura jurídica, limitando la libertad de elección del sujeto interesado. El mero hecho de optar a una herencia no debe desembocar apriorísticamente en un inevitable deseo de ver morir, o matar, al causante de dicha herencia<sup>877</sup>. Por ello, la inmensa mayoría de la doctrina<sup>878</sup> coincide en que esta clase de pactos no alimentan un deseo irresistible de que

---

<sup>877</sup> En este sentido, HERRERO OVIEDO, M., *op. cit.*, pag. 214: “De admitirse el peligro del *votum mortis*, ese deseo de muerte del causante, también habría que desterrar del panorama jurídico la misma herencia pues su mera existencia podría provocar que el potencial heredero deseara la muerte. Por tanto, este argumento hoy parece inservible”.

<sup>878</sup> SANCHEZ ARISTI, R., “Propuesta para una reforma del Código Civil en materia de Pactos Sucesorios”, *Derecho de Sucesiones. Presente y Futuro*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Murcia, Murcia, 2006, pag.482.

acontezca el deceso del instituyente; no, al menos, más que otros contratos que, versando sobre el mismo supuesto del fallecimiento de una persona, sí están permitidos, tales como la renta vitalicia o el seguro de vida<sup>879</sup>.

Tampoco parece, a día de hoy, y más a la luz de los diferentes sistemas sucesorios vigentes en España merced a las particularidades derivadas de los Derechos Civiles Territoriales, que sea admisible el argumento de que tales pactos son inmorales, dado que toman la vida y la muerte de un ser humano como parte integrante de un contrato<sup>880</sup>. Y es que la sucesión contractual no se lastra en ningún caso con esa evidente carga de inmoralidad que causa repugnancia en el dominado *pactum corvinum*<sup>881</sup>, en el que la ausencia del causante, aún vivo, tizna todo acuerdo con la más amplia desaprobación social y jurídica, sino que la presencia del propio instituyente y futuro causante, obrando con plena libertad y determinación, debería ser suficiente prueba de su legitimidad y validez.

Sin ánimo de ser exhaustivo, entre otros argumentos esgrimidos contra los pactos sucesorios se encuentra también el de apelar a la naturaleza de su objeto por constituir un elemento futuro, de modo que podría quedar indeterminado su contenido hasta el fallecimiento del disponente, quien vería así como bienes y derechos que estaban fuera de su dominio por aquel entonces quedan posteriormente sujetos por efecto del pacto a un mismo destino sucesorio<sup>882</sup>. Critica esta que puede parecer infundada no sólo porque eso mismo es lo que ocurre al otorgarse un testamento a pronta edad, que acaso luego no se modifique, quién sabe por qué motivos; sino también porque el mismo artículo 1271 permite celebrar contratos sobre cosas futuras, de modo

---

<sup>879</sup> *Ibidem*.

<sup>880</sup> *Ibid.*, pag. 204.

<sup>881</sup> "Pacto de los cuervos, aludiendo a la forma en que estos animales se reparten los despojos del muerto", en: LACRUZ BERDEJO, J.L., RAMS ALBESA, J., *Elementos de Derecho Civil, Sucesiones*, op. cit., pag. 292.

<sup>882</sup> SANCHEZ ARISTI, R., op. cit., pag. 480.

que la concurrencia de ambos criterios parecen más bien avalar la sucesión contractual que desaconsejarla.

También se ha dicho que la sucesión contractual es contraria al orden público<sup>883</sup>, pues las normas que regulan la sucesión forman parte del mismo, y no pueden ser quebrantadas por voluntad de las partes. Argumento este que practica un reduccionismo alarmante sobre el fundamento del Derecho Sucesorio, al reducirlo a la problemático sobre la revocabilidad o no de los actos de última voluntad<sup>884</sup>, sino que no se sostiene al comparar el ordenamiento sucesorio regido por las normas del Derecho Civil Común con los autonómicos, en que ambas posibilidades coexisten, tales como el catalán o el aragonés, sin quebrantar por ello el orden público<sup>885</sup>.

La defensa de los intereses de los herederos<sup>886</sup>, tampoco parece que sea un argumento de peso, toda vez que la sucesión contractual no tiene por qué ser contraria al sistema de legítimas, sino todo lo contrario, más bien debe atenerse a él, por un lado; y, por otro, no parece haber lugar a que el Ordenamiento Jurídico, que tolera en la sucesión testamentaria la posibilidad de que el testador no trate de igual forma a todos los herederos forzosos, pueda no tolerar que esto mismo ocurra en sede de sucesión contractual.

Al entender de una parte de la doctrina<sup>887</sup>, acaso el único punto donde podría estimarse un obstáculo de mayor relevancia a la hora de admitir la sucesión contractual, por su carácter técnico-jurídico, sería el de la irrevocabilidad inherente a los mismos. En este sentido, el

---

<sup>883</sup> HERRERO OVIEDO, M., *op. cit.*, pag. 204.

<sup>884</sup> *Ibid.*, pag.214.

<sup>885</sup> No podemos obviar que los principios sucesorios que se han considerado el sustrato del régimen sucesorio en el Código Civil, tales como la intangibilidad cualitativa y cuantitativa de la legítima, están siendo atacados por reformas del Código Civil, en especial las tomadas por la Ley 41/2003, de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad. Artículos como el 1056 o el 831 han provocado un absoluto cambio en el sistema, y este cambio debe traducirse en los límites al principio de autonomía de la voluntad.

<sup>886</sup> *Ibid.*, pags. 204 y 205.

<sup>887</sup> *Ibid.*, pags. 205, 215 y 216.

principio de *pacta sunt servanda*<sup>888</sup> entraría en evidente conflicto con la asentada naturaleza revocable de las disposiciones de última voluntad. La libertad de testar es ampliamente reconocida como la base lógica de todo el sistema sucesorio, y es la defensa de tal libertad lo que se protege frente a la naturaleza irrevocable de la sucesión paccionada. Aquella persona que hubiera otorgado previamente un pacto sucesorio, no podría posteriormente otorgar un testamento contrario al mismo, lo que, efectivamente, limitaría su capacidad dispositiva.

Ahora bien, frente a tal argumento se ha opinado que el ejercicio de la facultad de otorgar un pacto sucesorio no contraría la libertad de testar, sino simplemente que la limita<sup>889</sup>, de un modo parecido a como queda limitada por el sistema de legítimas. No hay que olvidar que el instituyente obra en el ejercicio de su libertad, algo que no ocurre respecto de la legítima, que debe ser respetada por encima de todo; y es el ejercicio de dicha libertad, tal y como se ha argumentado por parte de la doctrina<sup>890</sup>, el que mitiga las restricciones futuras a la hora de testar, atenuadas frente a la alternativa que representa poder optar por la sucesión contractual o no. Es decir, es el propio instituyente el que, de un modo razonado y coherente, decide limitar su futura capacidad dispositiva y obligarse respecto de un tercero, en mor de una mayor estabilidad y certeza presentes<sup>891</sup>.

---

<sup>888</sup> “Una vez las partes llegan a un acuerdo, no pueden desvincularse del mismo de forma unilateral”, en *ibid.*, pag. 205.

<sup>889</sup> SANCHEZ ARISTI, R., *op. cit.*, pags.481 y 482

<sup>890</sup> *Ibidem*.

<sup>891</sup> Parecidos argumentos se emplearon hace casi doscientos años por ALVAREZ POSADILLA, J., *Comentarios a las Leyes de Toro, según su espíritu y el de la legislación de España*, Madrid, Imprenta de Don Antonio Martínez, 1826, pags. 145 y 146, al comentar las *Leyes de Toro*, pues tras distinguir que “la permisión de testar es de derecho natural; pero es derecho natural permitente, no precipiente: y más fuerte es el derecho natural precipiente, de que cada uno cumpla lo que ofrece” concluyó sentenciando que “cierto que es de heredero natural la libre facultad de testar: ¿y podrá uno testar de los bienes que ha gastado en vida? Claro está que no. ¿Pues qué más da el que no pueda testar de aquello que él mismo en virtud de la facultad que por derecho natural tiene de obligarse y disponer de sus cosas en vida, se ha imposibilitado y privado de disponer?” Y más adelante: “¿No es más contrario (al derecho natural) el que por el capricho romano, de que se pueda disponer hasta la muerte libremente de los bienes, se le quite al hombre la facultad de obligarse libremente en vida, o contraer obligaciones eficaces acerca de ellos?”.

Como último argumento a favor de la posible coexistencia de un pacto sucesorio con la libertad de testar, debemos recordar que el pacto sucesorio, al igual que todos los negocios jurídicos, no resultan inamovibles de hoy y para siempre: las legislaciones que contemplan su validez, como la catalana previamente examinada<sup>892</sup>, regulan causas de revocación de los mismos, por lo que lo pactado un día, si se producen cambios de verdadera entidad, puede deshacerse.

Especialmente interesante en este sentido resulta el artículo 431-14 del Código Civil de Cataluña, que versa sobre la revocación por voluntad unilateral. Dicho artículo consiente que los otorgantes de un pacto sucesorio revoquen de forma unilateral el pacto o sus disposiciones, por los siguientes motivos:

- a) Por las causas pactadas expresamente.
- b) Por incumplimiento de las cargas impuestas al favorecido.
- c) Por imposibilidad de cumplimiento de la finalidad que fue determinante del pacto o de alguna de sus disposiciones.
- d) Por el hecho de producirse un cambio sustancial, sobrevenido e imprevisible de las circunstancias que constituyeron su fundamento.

El hecho de que aparezca como causa de revocación un motivo tan amplio como lo expresamente previsto por las partes, da un enorme campo de libertad y de control a estas sobre el compromiso que se adquiere, de modo que cualquier posterior protesta sobre su preeminencia carece de acomodo lógico, pues la importancia de una disposición de tal entidad debería en todo caso ser fruto de una verdadera y diligente reflexión sobre el contenido de tal contrato.

Del mismo modo, revisten al pacto de grandes dosis de seguridad en cuanto a la idoneidad o no de su establecimiento y trascendencia el que se pueda vincular su buen fin con el cumplimiento de unas

---

<sup>892</sup> Los artículos 431.9 a 431.17 recogen las causas de nulidad, modificación y resolución por mutuo acuerdo, revocación por indignidad, revocación por voluntad unilateral e incidencia de las crisis matrimoniales.



determinadas cargas, así como la vinculación a una finalidad concreta, como lo puede ser el continuar con una empresa familiar, o el cuidado del otorgante, o de su patrimonio, o de ambos a la vez, en su vejez o enfermedad.

Como colofón, no menos relevante es la admisión de que un cambio sustancial, sobrevenido e imprevisible, de las circunstancias que dieron lugar a su otorgamiento permitan la revocación por una de las partes, pues tal causa hace realmente posible que cualquier circunstancia de entidad pueda servir para dejar sin efecto el mismo. Tal alternativa recuerda sin duda a la cláusula *rebus sic stantibus* de los contratos, antes citada.

En atención a tal posibilidad, su regulación provoca remembranzas con los propios testamentos: resulta habitual que mucha gente modifique su testamento, años después de haber otorgado uno anterior, por el deterioro o mejora de sus relaciones familiares, o por un cambio en su situación personal, o por un nuevo matrimonio. Caso desgraciadamente típico es el de los padres que hicieron testamento instituyendo a todos sus hijos herederos por igual, y al cabo del tiempo otorgan nuevo testamento en el que reducen los derechos de uno o varios de sus hijos a la legítima estricta, o los desheredan. La vida les obliga a tomar medidas frente a situaciones imprevisibles años atrás, y algo parecido es, a mi modo de entender, lo que consiente el 431-14.

Siendo, pues, posible, una regulación así, en la clásica oposición derivada del carácter irrevocable de los pactos sucesorios se abre una considerable grieta. Ciertamente, los pactos sucesorios, como cualquier contrato, son irrevocables de forma caprichosa por los otorgantes; algo que, fuerza es reconocerlo, no ocurre en las disposiciones testamentarias. Pero también es justo reconocer que tal carácter irrevocable no tiene por qué ser ni cerrado, ni indestructible. Al igual que la libertad para testar en muchos casos no es tal, por mor de las legítimas, la irrevocabilidad de los pactos sucesorios no tiene tampoco por qué ser tal, en virtud de la libertad para incluir causas de

revocación unilateral, tales como las antes expuestas.

De hecho, no deja de ser significativo como en sistemas sucesorios muy próximos sí resulta generalmente admitida esta forma de delación sucesoria. Sin ir más lejos, dentro de nuestro propio país, en el variado ámbito de los Derechos Autonómicos hace notable acto de presencia. Ya hemos estudiado con detenimiento la evolución y regulación de los heredamientos en Cataluña, pero no queda agotada ahí su diversidad.

En el marco del **Derecho Aragonés**, el vigente Código del Derecho Foral de Aragón, Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba el Texto Refundido de las Leyes Civiles Aragonesas, regula la sucesión paccionada en los artículos 377 y siguientes. De conformidad con los mismos, resulta que son válidos los pactos que sobre la propia sucesión se convengan en escritura pública, así como los que en relación con dicha sucesión otorguen otras personas en el mismo acto. Tales pactos pueden ser de varios tipos:

- Pactos de disposición mortis causa de uno o varios contratantes a favor de otro u otros de ellos
- Pactos de institución recíproca.
- Pactos de disposición mortis causa de los contratantes a favor de tercero o terceros.
- Y pactos de renuncia de uno o varios contratantes a la herencia de otro u otros.

El Código prevé también posibilidad de que se modifique o revoque lo acordado mediante posterior pacto celebrado por las mismas personas que lo otorgaron, o sus herederos. Y también que se pueda efectuar la revocación de modo unilateral por uno de los otorgantes. En este caso, las causas de revocación serán bien las expresamente pactadas; bien el incumplimiento grave de las cargas y prestaciones impuestas; bien el haber incurrido el instituido en causa de indignidad o en situación que, de ser legitimario, implicaría causa de desheredación.

En **Galicia**, también se encuentra legislada la sucesión contractual, en los artículos 209 y siguientes de la Ley 2/2006, de 14 de junio, de Derecho Civil de Galicia. Aparecen dos tipos de pactos sucesorios:

- Los de mejora, que son aquellos pactos por los cuales se conviene a favor de los descendientes la sucesión en bienes concretos.
- Los de apartación, pactos por los cuales quien tuviera la condición de legitimario de abrirse la sucesión en el momento en que se formaliza el pacto, quedaría excluido de modo irrevocable, por sí y por su linaje, de la condición de heredero forzoso en la herencia del apartante, a cambio de los bienes concretos que le serán adjudicados.

De un modo semejante al visto en el Derecho Aragonés, se regulan también las causas de revocación que serán, además de las expresamente convenidas, el incumplimiento por el mejorado de las obligaciones asumidas; la premoriencia del mejorado; o incurrir el mejorado en causa de desheredamiento o indignidad, por su conducta gravemente injuriosa o vejatoria y, si hubiera entrega de bienes, por ingratitud.

Tampoco resulta ajena al **Derecho Foral Navarro** la sucesión contractual, toda vez que la Ley 1/1973, de 1 de marzo, por la que se aprueba la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra, dedica a su regulación la Ley 172 y siguientes. A través del pacto sucesorio se puede establecer, modificar, extinguir o renunciar derechos de sucesión mortis causa de una herencia o parte de ella, en vida del causante de la misma. Los pactos sucesorios pueden contener cualesquiera disposiciones mortis causa a favor de los contratantes, de uno de ellos o de tercero, a título universal o singular, con las sustituciones, modalidades, reservas, cláusulas de reversión, cargas y obligaciones que los otorgantes establezcan.

Al igual que en los regímenes anteriores, se contempla la posibilidad de revocar de los pactos en dos situaciones diferentes:

cuando cuenten con el consentimiento de todos sus otorgantes declarado en acto inter vivos o mortis causa; cuando se dé la premoriencia del instituido, salvo derecho de transmisión; por las causas expresamente pactadas; y cuando se incumplan las cargas impuestas.

En **Baleares** Los pactos sucesorios pueden contener cualesquiera disposiciones *mortis causa*, a título universal o singular, con las sustituciones, modalidades, reservas, renunciaciones, cláusulas de reversión, cargas y obligaciones que los otorgantes establezcan. Su régimen se encuentra en el Decreto Legislativo 79/1990, de 6 de septiembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Compilación del Derecho Civil de las Islas Baleares, artículos 72 y siguientes, de acuerdo con los cuales se toleran dos modalidades diferentes de pactos:

- Pactos de institución: La institución podrá hacerse determinando en el propio pacto las personas llamadas a la herencia o estableciendo las reglas conforme a las cuales deba ésta deferirse en el futuro o delegando en el cónyuge la facultad de ordenar la sucesión. Los pactos de institución pueden implicar simples llamamientos a la sucesión o contener transmisión actual de todos o parte de los bienes.

- Pactos de renuncia: Por el "finiquito" de legítima el descendiente legitimario mayor de edad puede renunciar a la legítima o a cuantos derechos puedan corresponderle en la herencia del ascendiente en contemplación de una donación, atribución o compensación que el ascendiente o su heredero contractual le hubieren hecho en vida de aquél.

En relación con la revocación, solamente podrán ser modificados o dejados sin efecto por mutuo disenso, y por la condena en juicio penal por sentencia firme por haber atentado contra la vida o por lesiones graves contra el causante, su cónyuge, su pareja estable o de hecho o alguno de sus descendientes o ascendientes; o bien por delitos contra la libertad, la integridad moral y la libertad sexual, si el ofendido es el causante, su cónyuge, su pareja estable o de hecho o alguno de

sus descendientes o ascendientes. Es decir, aquellas situaciones en que se ve en peligro la vida o la integridad del causante o sus familiares más allegados.

Finalmente, también en el entorno legislativo del **País Vasco** encontramos referencias a la sucesión contractual, con sede en la Ley 3/1992, de 1 de julio, del Parlamento Vasco, del Derecho Civil Foral del País Vasco.

En el Fuero civil de Bizcaia, son los artículos 74 y siguientes los que se destinan a esta materia, resultando que mediante capitulaciones matrimoniales, donación o pacto otorgado en escritura pública, se puede disponer la sucesión en bienes de los otorgantes, bien a título universal o particular, con las modalidades, reservas, sustituciones, cláusulas de reversión, cargas y obligaciones que se acuerden. Los otorgantes podrán, asimismo, ordenar la transmisión actual de todos los bienes presentes, o parte de ellos, o bien diferirla al momento de la muerte.

Los instituyentes podrán revocar la designación por las causas expresamente pactadas; por incumplimiento grave de las cargas y condiciones establecidas; por haber incurrido el instituido en causa de indignidad o desheredación; por conducta del instituido que impida la normal convivencia familiar. Además, en los casos de nulidad matrimonial, separación o divorcio de los instituidos, cuando el pacto sucesorio se haya otorgado en atención a ese matrimonio.

Igualmente está previsto que se resuelva la designación sucesoria por cumplimiento de la condición resolutoria a la que estaba sujeta; por fallecimiento del instituido sin que dejare descendencia; y por acuerdo entre los otorgantes formalizado en escritura pública.

El Fuero Civil de Gipuzcoa tampoco deja de lado esta materia, y le destina los artículos 179 y siguientes en el referido cuerpo legal, si bien su redacción se centra en el destino del caserío y sus pertenecidos. En relación con los mismos, se contempla la posibilidad de ordenar la sucesión mediante pactos sucesorios, que deberán constar en

capitulaciones matrimoniales. Está permitido que el pacto sucesorio sea con transmisión de presente del caserío y sus pertenecidos, o con transmisión diferida al momento de la muerte.

Se establece además que la designación realizada en pacto sucesorio sólo pueda modificarse o dejarse sin efecto mediante nuevo pacto entre el instituyente y el instituido, o con los descendientes de éste, o por las siguientes causas: aquellas expresamente pactadas; incumplimiento grave de las cargas y condiciones establecidas; incurrir el instituido en causa de indignidad o desheredación; conducta del instituido que impida la normal convivencia familiar; en los casos de nulidad matrimonial, separación o divorcio del instituido, cuando el pacto sucesorio se haya otorgado en atención al matrimonio; cumplimiento de la condición resolutoria a que estuviere sujeta; y por fallecimiento del instituido sin dejar descendencia o, aun cuando la hubiere dejado, si el instituyente privó a ésta del derecho de representación.

En cuanto a la vida útil de los pactos sucesorios en el terreno de los Derechos Forales o Especiales, resultan de sumo interés los datos aportados por la estadística notarial: de acuerdo con los mismos, en España se celebraron en el año 2007 la cifra de cuatro mil doscientos cuatro (4.204) contratos sucesorios, y en 2011 siete mil ciento ochenta y ocho (7.188)<sup>893</sup>. Este dato no solo revela el uso continuado a lo largo de un lustro de pactos sucesorios, sino que pone de manifiesto un nada desdeñable aumento en su uso. Tales cifras evidencian que la sucesión contractual, allí donde está permitida, no pervive como un reducto de tiempos pasados al margen de cualquier trascendencia práctica, sino que goza en la actualidad de muy buena salud y está en pleno desarrollo.

Expandiendo las miras más allá de nuestras fronteras, en

---

<sup>893</sup> DELGADO ECHEVERRÍA, J., “Autonomía Privada y Derecho de Sucesiones”, *Autonomía de la Voluntad en el Derecho Privado*, Consejo General del Notariado, 2012, pag. 605.

Derecho Comparado se hace evidente la diferente tolerancia según se trate de países de tradición jurídica latina o germánica<sup>894</sup>. Los primeros, al igual que sucede con nuestro Código Civil, se muestran más reticentes a la admisión de dichos pactos. Tales recelos se materializan en diferentes grados de aceptación, que van desde la total prohibición de cualquier forma de sucesión paccionada, como ocurre en Italia; la admisión parcial que se dispensa en Francia; o bien en fórmulas abiertamente tolerantes, que es lo que acontece en Portugal. Por el contrario, en los países de tradición germánica, como Alemania o Suiza, la sucesión contractual se encuentra ampliamente admitida y regulada<sup>895</sup>.

Por todo ello, se ha generado un cada vez más evidente descontento entre buena parte de la doctrina especializada, que ha encontrado múltiples voces que abogan por una seria reforma en el ámbito de la sucesión contractual, aunque, a día de hoy, sin éxito. Así opinan, a modo de ejemplo, LACRUZ-RAMS, quienes no dudan en señalar que “no hay ninguna razón seria para prohibir que la institución de heredero, o el legado, o la renuncia a la legítima, puedan ser objeto de contrato con el causante”<sup>896</sup>; o DELGADO ECHEVERRIA, para quien “no hay ninguna razón de política legislativa basada en la moral, las buenas costumbres o de orden público, para no admitir en el Código los pactos sucesorios”<sup>897</sup>.

En definitiva, como vemos, la pléyade de polémicas objeciones antes expuesta parece que no resulta en absoluto insalvable, de modo que el origen de la actual repulsa que nuestro sistema civil experimenta frente al pacto sucesorio, parece tener hondos raíces, pero superficiales justificaciones.

Esta opinión se refrenda con la encuesta celebrada en Santander, en febrero de 2006, con motivo de las “XII Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho Civil”, que versaba sobre la necesidad de una

---

<sup>894</sup> SANCHEZ ARISTI, R., *op. cit.*, pag. 488.

<sup>895</sup> *Ibidem*.

<sup>896</sup> LACRUZ BERDEJO, J.L., RAMS ALBESA, J., y otros, *op. cit.*, pag 292.

<sup>897</sup> DELGADO ECHEVERRIA, J., *op. cit.*, pag. 605.

reforma del Derecho de Sucesiones. Entre las preguntas propuestas, se formularon varias sobre sucesión contractual. De sumo interés resulta que una amplia mayoría de los encuestados se mostrara favorable a suprimir el párrafo 2º del artículo 1271, así como a introducir en el Código Civil una regulación pormenorizada de los pactos sucesorios, y específicamente de la modalidad de pactos sucesorios de disposición particular<sup>898</sup>.

Igualmente relevante es una reciente encuesta celebrada entre el cuerpo de Notarios, en la que participó aproximadamente un tercio de los que actualmente se encuentran en ejercicio, sobre estos mismos temas. A resultas de la misma, se evidenció que un cincuenta y siete por ciento (57%) de los encuestados era partidario de admitir los pactos sucesorios<sup>899</sup>.

Todo lo expuesto hasta aquí no busca sino evidenciar que existe una más que evidente y mayoritaria corriente entre los profesionales del Derecho, favorable a que se efectúe una profunda modificación en el sistema sucesorio consagrado por el Código Civil<sup>900</sup>. Y es que el paso de los años ha modificado considerablemente las bases sociales sobre las que se aplica este Derecho, y ni los motivos ni la mentalidad de Roma, ni de la Europa renacentista o decimonónica pueden ser la piedra angular sobre la que asentar la genérica prohibición a los pactos sucesorios que se deriva hoy del Código Civil. Razones de índole práctica, jurídica, social y hasta moral (¿a qué seguir tildando de inmoral la sucesión contractual, cuando en nuestro mismo entorno, con sede en los Derechos Forales y Especiales, su uso es habitual y lícito?), no sólo lo recomiendan, sino que hasta parecen exigirlo.

---

<sup>898</sup> Sobre los resultados de dicha encuesta y su análisis, véase *ibid.*, pags. 623 y 632 y 633.

<sup>899</sup> *Ibid.*, pags. 638 y 639.

<sup>900</sup> Interesante en este sentido es la reflexión recogida por EGEA FERNANDEZ, J., “La ordenación conjunta de la sucesión de los cónyuges. ¿Heredamiento preventivo o testamento mancomunado?”, *Indret, Revista para el análisis del Derecho*, N° 2, abril 2015, Barcelona, pag. 4, quien apunta a un evidente cambio de mentalidad por parte de la sociedad, de modo que donde antes predominaba el interés de los matrimonios de proteger a sus hijos, ahora estos suelen quedar en un segundo plano, dado que “en un momento en que la esperanza de vida es cada vez más elevada, se opta por asegurar el sostén económico de la pareja y, llegado el momento, del sobreviviente”.



#### **2.4. El pacto sucesorio sobre bienes conocidos, determinados y existentes. Una alternativa abierta por la jurisprudencia del Tribunal Supremo**

Ahora bien, esta prohibición general fue matizada por el Tribunal Supremo en sentencia de 4 de mayo de 1910, cuyo criterio se mantuvo en posteriores sentencias, como la de 16 de mayo de 1940, mediante las cuales el más alto tribunal se ha mostrado partidario de atenuar la prohibición genérica que parece dimanarse del párrafo segundo del artículo 1271, con la finalidad de tolerar disposiciones referidas a bienes concretos.

En este sentido, la citada sentencia de 16 de mayo de 1940 contiene un claro y conciso testimonio de la postura del Supremo:

*Según la doctrina sentada por esta Sala, entre otras, en sus Sentencias de 8 de octubre de 1915 y 26 de octubre de 1926, y por la Dirección General de los Registros en su Resolución de 19 de mayo de 1917, la prohibición establecida en el mencionado artículo del Código (1271) se refiere única y exclusivamente a los pactos sobre la universalidad de una herencia que, según el artículo 659 del repetido Código, se determina a la muerte del causante, constituyéndola todos los bienes, derechos y obligaciones que por ella no se hayan extinguido, pero no cuando el pacto se refiere a bienes conocidos y determinados existentes cuando tal compromiso se otorgó en el dominio del cedente.*

El criterio expuesto se ha mantenido de forma continuada, tal y como resulta de posteriores sentencias, como las de 25 de abril de 1951 o 22 de julio de 1997, que confirman la reiteración de la doctrina expuesta. En concreto, en esta última sentencia citada, la más reciente, podemos leer lo siguiente, que se enraíza literalmente con la previa sentencia de 1940:

*El segundo supuesto de nulidad alegado, consiste en que el*

*documento privado de referencia viene a representar un pacto de los dos hermanos suscribientes sobre herencia futura, no autorizado por el [artículo 1271](#) del [Código Civil](#). Este precepto se refiere única y exclusivamente a los pactos sobre la universalidad de una herencia que, según el [artículo 659](#) del [Código Civil](#), se instaura a la muerte del causante, integrándola todos los bienes, derechos y obligaciones subsistentes, pero no cuando el pacto se refiere a bienes conocidos y determinados, existentes al tiempo del otorgamiento del compromiso en el dominio del causante (Sentencias de 2-10-1926, 16-5-1940 y 25-4-1951).*

Desde esta interpretación, y frente a la prohibición genérica de disponer en bloque de la herencia que resulta del artículo 1271 del Código Civil, se admite la posibilidad de disponerse por vía de la sucesión contractual de *bienes determinados, concretos y existentes*

Esta interpretación también la encontramos en las resoluciones de la Dirección General de Registros y del Notariado. Concretamente, en la reciente resolución de 14 de junio de 2012 (BOE 25 de julio 2012/9946), podemos leer lo siguiente:

*Para poder hablar de contrato sobre herencia futura, tanto en el caso de los pactos afirmativos o adquisitivos, como en el de los negativos o abdicativos (pactos de «sucedendo» y de «non succedendum»), debe pactarse alguna estipulación en relación con llamamientos hereditarios o con el conjunto patrimonial que una persona deje al morir. En este sentido, la jurisprudencia (cfr. Sentencias del Tribunal Supremo de 16 de mayo de 1940, 30 de octubre de 1989 y 22 de julio de 1997) ha afirmado reiteradamente que el artículo 1271 del Código Civil, al aludir a la prohibición de celebrar contratos sobre la herencia futura, se refiere única y exclusivamente a los pactos sobre la universalidad de una herencia que, según el artículo 659 del repetido Código, se instaura a la muerte del causante, integrándola todos los bienes, derechos y obligaciones subsistentes, pero no cuando el pacto haga referencia exclusivamente a bienes conocidos y determinados existentes, al tiempo del otorgamiento*

*del compromiso, en el dominio del causante (vid. Sentencias del Tribunal Supremo de 16 de mayo de 1940, 25 de abril de 1951 y 22 de julio de 1997), pues en tal caso no existe propiamente coerción de la libertad de testar capaz de causar la nulidad de la convención (cfr. Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de mayo de 1910).*

Más adelante, en la misma resolución, la Dirección General fundamenta su decisión, favorable al pacto recurrido, resaltando que el negocio jurídico calificado no tiene por objeto *la universalidad del patrimonio de la futura herencia de ninguno de los adquirentes*, por lo que es válido de conformidad con la reiterada interpretación del Supremo.

Tal vía interpretativa, a mi entender, no debe considerarse contradictoria respecto de la antes expuesta en relación con el artículo 1271.2. Del análisis de tal artículo resulta la genérica prohibición de efectuar una partición vinculante, pues la misma implicaría que el futuro causante no pudiera disponer en adelante de forma libre de sus bienes, ni otorgar con plena libertad testamento. Se salvaguarda así la inherente revocabilidad de las disposiciones testamentarias, y la plena libertad del individuo.

Sin embargo, frente a esta genérica prohibición, la vía que abre el Tribunal Supremo en relación los pactos sobre bienes concretos, existentes y determinados es muy diferente, pues no limita la capacidad dispositiva ni decisoria del otorgante de forma genérica y definitiva, sino únicamente sobre una parte de su patrimonio ya conocida, y aún esta de modo limitado, al tolerar actos de disposición onerosos, siempre y cuando no se actúe en fraude de los derechos del tercero futuro adquirente.

El argumento para permitir estos actos dispositivos, y no los otros, parece claro: mientras que limitar desde ya la capacidad decisiva del sujeto en relación con todo su patrimonio parece plenamente contraria al espíritu que informa la sucesión testamentaria, la disposición de bienes concretos en nada atenta contra tal libertad, sino

que más bien es un reflejo de la misma, pues es el propio sujeto quien, en el libre ejercicio de las facultades inherentes al dominio, decide el tránsito de un bien concreto de cara al futuro, ya sea con naturaleza onerosa o gratuita.

Ahora bien, frente a las citadas sentencias que se muestran favorables a la sucesión contractual, no dejan de aparecer otras que defienden de modo taxativo justo lo contrario. Así las sentencias del Tribunal Supremo de 9 de julio de 1940, 30 de septiembre de 1982, 23 de febrero de 1999, o 16 de marzo de 2001.

La doctrina, por su parte, también se encuentra dividida, y aún más a raíz de la Ley 7/2003, de 1 de abril, de la Sociedad Limitada Nueva empresa, que modificó el citado artículo 1271 en su párrafo 2º, al añadir “y otras disposiciones particionales.” Como ya hemos adelantado, pase a la aparente disposición reinante favorable a un oportuno cambio legislativo en materia de sucesión contractual, buena parte de la doctrina se muestra reacia a admitir, con fundamento en la normativa actual, los pactos sucesorios. A partir de esta postura, se ha pretendido que la contratación sobre unos bienes concretos y determinados, propios del contratante, disponiendo su reversión a favor de determinadas personas tras el fallecimiento del disponente, no constituye un verdadero pacto sucesorio, sino un negocio *inter vivos*, de conformidad con lo establecido por el Tribunal Supremo en sentencia de 4 de mayo de 1910<sup>901</sup>.

Sin embargo, tal afirmación contradice de un modo evidente la propia literalidad de la sentencia antes citada de 16 de mayo de 1940, lo que nos sitúa ante el espinoso problema de jurisprudencia contradictoria. Sin embargo, la reiteración en el criterio derivado de la referida sentencia favorable a admitir pactos sucesorios sobre cosas concretas, asentado en las sucesivas sentencias antes relacionadas, puede hacernos pensar que el actual criterio del Tribunal Supremo es

---

<sup>901</sup> LACRUZ BERDEJO, J.L., RAMS ALBESA, J., y otros, *op. cit.*, pag. 293.

este, y no el de la nulidad absoluta de todo supuesto de sucesión contractual.

También podría esgrimirse el argumento de que el Código Civil, pese a su genérica prohibición, sí contiene a lo largo de su articulado, de forma encubierta, verdaderos pactos sucesorios. Así las promesas de mejorar y no mejorar reguladas en los artículos 826 y 827; o la permitida donación efectuada en capitulaciones matrimoniales por los futuros contrayentes, solo para el caso de muerte, con sede en el artículo 1341, párrafo 2<sup>902</sup>.

Puesto el contenido de los referidos artículos en relación con la vía jurisprudencial favorable a los pactos sobre cosas concretas, fácilmente podríamos defender la viabilidad de tal tipo de pacto sucesorio, con verdadera naturaleza *mortis causa*.

En cualquier caso, no debemos olvidar que la capacidad del causante de disponer de forma negociada de su herencia se configura como autentica expresión del principio de autonomía de la voluntad, en su manifestación más genérica<sup>903</sup>. Si, como parece, la finalidad del actual desarrollo jurídico es evolucionar y potenciar el crecimiento de la persona en todas sus vertientes, dotando al sujeto de las mayores posibilidades para desplegar su personalidad y libertad, no parece descabellado insistir en la necesidad de dotarle de la mayor cantidad de instrumentos legales posibles para ejercitar dicho desarrollo, siendo sin duda uno de ellos el de la sucesión paccionada<sup>904</sup>.

No parece justificable que ninguno de los argumentos expuestos pueda ser considerado tan poderoso como para mantener la genérica e inveterada prohibición vigente, y solo así parece que sea la desidia del

---

<sup>902</sup> Para un estudio detallado de esta interpretación, véase ESPEJO LERDO DE TEJADA, M., *La Sucesión Contractual...*, *op. cit.*, pags. 191 y siguientes.

<sup>903</sup> SANCHEZ ARISTI, R., *op. cit.*, pag. 478.

<sup>904</sup> En este sentido, opinan LACRUZ BERDEJO, J.L., RAMS ALBESA, J., y otros, *op. cit.*, pag. 292: "En un aspecto positivo, el contrato sucesorio tiene a su favor argumentos importantes no sólo de respeto a la autonomía de la voluntad, sino también, y principalmente, de orden económico y sociológico: su cooperación a la conservación del patrimonio familiar, que sólo a través de él, y no del testamento o de la donación, puede conseguirse fácilmente".

legislador, sordo a la realidad de nuestro entorno jurídico patrio y a la voz de la más autorizada doctrina, la que obstaculiza el pleno desarrollo de esta particular forma sucesoria, cuya utilidad no debería ser cuestionada.

En este sentido, la propia experiencia profesional sugiere que la posibilidad de pactar contractualmente determinados aspectos sucesorios podría poner fin a muchos quebraderos de cabeza para no pocas personas, limitadas por el sistema actual. De este modo, el hecho de poder garantizar mediante el vínculo contractual la forma en que habría de desarrollarse en un futuro, más o menos lejano, la sucesión de una persona, dotaría tanto al ordenante como a los herederos de una mayor tranquilidad y seguridad, quedando a salvo de los inevitables vaivenes que someten el devenir diario a una constante incógnita, pues, siendo como es la base del sistema testamentario su esencial revocabilidad, ¿qué seguridad puede dar, por ejemplo, un testamento a quien se ha hecho cargo de sus padres durante toda una vida, frente a la desidia de sus hermanos? ¿Quién asegura que un mal consejo al final de sus días, o una tergiversación de las inquietudes del causante, no deparen un postrer testamento evidentemente injusto al contraste con toda una vida de dedicación? El aumento de la esperanza de vida, en este sentido, conlleva el aumento de un colectivo de personas capaces pero vulnerables en extremo a estos cambios. Supuestos así no son productos de laboratorio, sino que pueden ser contemplados a diario en el quehacer cotidiano de los despachos. Y mucho se ganaría en aras de una mayor justicia y seguridad jurídica si estas situaciones pudieran ser resueltas del modo propuesto, esto es, mediante una coherente y bien configurada regulación de la sucesión contractual.

## **2.5. *El pacto de supervivencia como pacto sucesorio.***

### ***Requisitos y riesgos***

Todo lo hasta aquí expuesto, en relación con la complicada materia de la sucesión contractual en el Código Civil, tiene sólo una

finalidad: plantear la posibilidad de considerar el pacto de sobrevivencia como un pacto sucesorio sobre cosa concreta, mediante el cual cada uno de los adquirentes de un bien común dispondrá recíprocamente a favor del otro de la parte del bien que haya adquirido.

Tal elección determinaría que los otorgantes, tras efectuar la adquisición conjunta de cualquier tipo de bien, convinieran en incluir una manifestación semejante a las previamente transcritas en este trabajo, en que se recogiera su voluntad de vincular la adquisición de cada uno a la supervivencia del otro, junto con la acordada prohibición de disponer de dicho bien hasta ese momento.

Como ya hemos adelantado, la idea de considerar la configuración del pacto de supervivencia como un supuesto de sucesión contractual en el sistema Civil Común debe ser abordada con suma prudencia. Aunque desde un punto de vista doctrinal y jurisprudencial, según se ha visto, exista base suficiente como para pretender defender la viabilidad de un pacto sucesorio sobre un bien concreto, lo cierto y real es que, a día de hoy, está fuertemente enraizada la idea de que la sucesión contractual, aún siendo deseable y hasta exigible, no se encuentra permitida desde la redacción actual del artículo 1271. Tal consideración, generalizada, debería llevar a desaconsejar su configuración como tal en la práctica generalizada de los despachos, dado lo incierto de su resultado.

Ahora bien, una vez dicho esto, la reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo en relación con la prohibición de la institución de heredero por la vía contractual, pero admitiendo la misma cuando a bienes concretos, determinados y presentes se refiere, abre una más que interesante vía para aquellos atrevidos que, fundamentando en dicha base jurisprudencial su otorgamiento, decidieran acudir a la fórmula del pacto sucesorio para vincular un determinado bien a la supervivencia de uno de los adquirentes.

La posibilidad, desde esta perspectiva, sin duda existe, y parece bien fundamentada. De hecho, la relativa proximidad temporal de la

última sentencia citada ahonda en el sentido que parece darle el Tribunal Supremo a la prohibición del 1271, lo que dota a tal criterio de una evidente modernidad.

Las ventajas que ofrecería, de ser así admitido el pacto de supervivencia, serían notables, pues se lograría de un plumazo sujetar la participación de uno de los adquirentes a la premoriencia del otro, a la vez que, fiscalmente, se evitaría cualquier pago hasta verificarse el fallecimiento de uno de ellos, que, además, tributaría por Sucesiones, y no por Transmisiones Patrimoniales. Tal sujeción fiscal podría ser sumamente interesante dependiendo tanto de en qué Comunidad Autónoma residiera el causante, dado lo sumamente dispar del Impuesto de Sucesiones en este momento, como de si el bien sujeto al pacto constituyera o no el domicilio familiar del fallecido, ya que en este caso podría acogerse a la genérica bonificación establecida.

Como elemento negativo, no debe olvidarse el lapso temporal previsible entre su otorgamiento y su aplicación. Al tratarse de un pacto sucesorio y de una transmisión que no tendría efectividad hasta producirse la muerte de uno de los otorgantes, es más que posible que un largo espacio de tiempo transcurra desde su otorgamiento hasta su consumación, de modo que, dada su incierta naturaleza, esto supondría mantener en la duda a los otorgantes durante un buen número de años acerca de la admisibilidad o no del negocio entre ellos celebrado, así como del régimen fiscal aplicable.

Dada la trascendencia de esta decisión, mantenerse en la inseguridad durante tanto tiempo sobre un tema de tanta relevancia, puede no parecer lo más aconsejable. Pero si, gozando de la información precisa, alguien se aventurara a otorgar tal pacto, mi opinión es que existe base jurisprudencial suficiente como para poder hacerlo con un mínimo de seguridad.

Dicho esto, configurar el pacto de supervivencia como un pacto



sucesorio<sup>905</sup>, se hace necesario responder a una serie de cuestiones de índole subjetivo, formal y material, a fin de concretar los requisitos necesarios que deberían concurrir para su válida configuración. Dado que tales cuestiones han sido objeto de un amplio estudio previo, me limitaré en este momento a fijar la atención sobre los aspectos concretos que suponen de algún modo una alteración o precisión de las normas o planteamientos ya expuestos.

### 2.5.1. Ámbito subjetivo

La primera cuestión en que deberíamos detenernos es en los **requisitos subjetivos** que deberían apreciarse para la válida conformación del pacto de supervivencia como pacto sucesorio.

**Capacidad:** Parece razonable considerar que, dada la particular naturaleza de la sucesión contractual, en la que se mezclan elementos propios de los testamentos y de la herencia, como son la capacidad tanto para disponer *mortis causa* de los propios bienes y derechos, como para adquirirlos tras producirse el deceso del causante, junto con el necesario acuerdo de voluntades, fundamento de esta modalidad sucesoria derivado del ofrecimiento del disponente y la aceptación del instituido, se requiera tanto la capacidad necesaria para hacer testamento y suceder, cuanto la precisa para celebrar contratos de carácter dispositivo<sup>906</sup>.

En relación con el instituyente, debe tenerse en cuenta que el otorgamiento del pacto implicará una evidente limitación a su capacidad de disposición sobre el bien objeto del pacto, así como al ejercicio de su libertad para testar, toda vez que, desde el momento en que el pacto sea otorgado por ambas partes, perderá sobre el bien o

---

<sup>905</sup> SANCHEZ ARISTI, R., *op. cit.*, pags. 497 a 537. Particularmente interesante resulta su citado artículo, en el que traza una propuesta de reforma del Código Civil en materia de pactos sucesorios, consistente en la redacción de ocho artículos nuevos y la modificación de cuarenta y un artículos preexistentes. Un modelo sencillo y eficaz que demuestra hasta qué punto puede ser viable y coherente la reforma, y en qué términos.

<sup>906</sup> Así opinan ROCA SASTRE, R.M., *Estudios de Derecho Privado*, Volumen II, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1948, pag. 363; y SANCHEZ ARISTI, R., *op. cit.*, pag. 497.

bienes sujetos al mismo toda capacidad de decisión por la vía sucesoria.

El instituido, por su lado, debe tener la capacidad necesaria para obligarse, ya que la aceptación del pacto sucesorio implica, en el caso de los pactos de institución, una verdadera aceptación de herencia (o legado, según corresponda, si se quiere ser más preciso)<sup>907</sup>. Al tratar el pacto de supervivencia de constituir una recíproca institución, los dos otorgantes han de reunir capacidad para actuar en ambos conceptos.

Esta misma naturaleza implica que, de concurrir personalmente instituyente e instituido o tercero, se requiera de un poder especial para su otorgamiento, no siendo suficiente un poder general. En relación con los menores o incapaces, parece necesaria la autorización judicial requerida por el artículo 166 del Código Civil.

**Vínculo entre los adquirentes:** Como ya he adelantado previamente, considero que para trasladar el pacto de supervivencia del sistema jurídico civil catalán al castellano, es necesario desprenderse de buena parte de la base dogmática que sirve de verdadero fundamento a aquel, pero no hasta tal punto de despersonalizar el pacto y convertirlo meramente en una cláusula u opción más al arbitrio de las partes.

Considero que las implicaciones inherentes al pacto, en cuanto garantía del bienestar del copropietario o coadquirente, constituyen el verdadero núcleo de la institución catalana. He reiterado mi desacuerdo en cuanto a que el motor causal del pacto de supervivencia lo constituya el deseo de apropiarse de la parte que corresponde al condueño. Tal sentido me parece inoportuno como justificación de cualquier condominio, pero más aún en el caso a que nos referimos, dada la relación matrimonial requerida.

Ahora bien, la pregunta, antes sólo esbozada, es: ¿debe requerirse que los adquirentes sean cónyuges, o pareja de hecho? La respuesta, si se tratara de aportar aquí una construcción jurídica en atención a su posible desarrollo legislativo, sería afirmativa; pero dado que el objeto de este estudio es determinar si sería posible otorgar algo parecido al

---

<sup>907</sup> SANCHEZ ARISTI, R., *op. cit.*, pag. 497.

pacto de supervivencia bajo los dictados del Código Civil, tomando como base el principio de autonomía de la voluntad, la respuesta debe ser que, pese a ser lo deseable<sup>908</sup>, en ningún modo podría ser un requisito ineludible o imprescindible para producir sus efectos de un modo semejante al regulado por el Código Civil de Cataluña.

Cosa diferente es que, por su especial naturaleza, orientada a vincular a dos personas de por vida, lo más lógico y coherente parece que dichas personas estén unidas por algún vínculo civil, y el más habitual en estos casos es el de matrimonio, o bien pareja de hecho.

Si tomamos como referencia el objeto más usual del pacto de supervivencia, los bienes inmuebles, podemos afirmar que ciertamente se producen adquisiciones efectuadas por personas entre las que no existe vínculo civil, pero son las menos, y, además, no parecen las más idóneas para perseguir esa vinculación permanente hasta el fin de los días de uno de ellos.

Caso diferente sería del de las adquisiciones efectuadas por padres e hijos, hermano, o personas ligadas por cualquier lazo de parentesco<sup>909</sup>. En estos casos, el pacto de supervivencia podría no ser sólo una alternativa interesante, sino incluso una verdadera solución para no pocos problemas. En tales situaciones, además, el matiz protector del pacto, sin ser igual al del matrimonio, sí estaría presente, con lo que el elemento causal sería muy semejante.

### **2.5.2. Delimitación formal**

En relación con la **forma** del pacto sucesorio, parece lógico exigir para su válido otorgamiento que el pacto de supervivencia conste en

---

<sup>908</sup> E incluso lo habitual, si llegara a darse el caso, pues siendo la situación más habitual que los compradores adquieran bienes inmuebles con pacto de supervivencia, lo más usual cuando se trata de este tipo de adquisiciones es que dichos adquirentes sean pareja o matrimonio.

<sup>909</sup> VALLET DE GOYTISOLO, J. “La compraventa por mitades...”, *op. cit.*, pag. 709; y “Teleología y dogmática...”, *op. cit.*, pag. 5. Conviene recordar en el sentido expuesto que, en las dos obras indicadas, reseñó casos semejantes, producidos durante la primera mitad del pasado siglo, que resultaron perfectamente válidos.

documento público<sup>910</sup>. Los regímenes autonómicos en que está permitida la sucesión contractual exigen de forma general como requisito para su válida conformación el otorgamiento en escritura pública, ya sea por la vía directa de la escritura de pacto sucesorio, ya por la vía capitular. Tal solución es también la aplicada en países de tan asentada tradición en materia de sucesión contractual, como son Alemania y Suiza<sup>911</sup>.

Como argumentos a favor de tal exigencia, se han citado la evidente transcendencia *mortis causa*, la más que probable afectación a los intereses de terceras personas, su naturaleza gratuita y su proyección sobre bienes de diversa naturaleza<sup>912</sup>.

Si tenemos en cuenta el evidente parentesco que une la sucesión contractual con los testamentos, en cuanto que se trata en ambos casos de instituciones de naturaleza *mortis causa*, la exigencia de documento público que contiene el Código Civil para el testamento abierto (que es el modelo testamentario con el que se puede establecer un vínculo más directo), en el artículo 694, puede servir de base útil.

No obstante, el argumento que, a mi modo de ver, más poderosamente refuerza el requerimiento de documento público es el de la posible colisión entre los intereses del instituido y los terceros interesados, que serán los herederos testamentarios o *abintestato* del actual ordenante y futuro causante. En efecto, el grado de transcendencia que puede tener el pacto sucesorio tras la apertura de la herencia del instituido, especialmente bajo la óptica de las particularidades del sistema sucesorio contenido en el Código Civil, donde la primacía de la legítima es la piedra angular sobre la que se edifica todo el edificio testamentario, sugiere la pertinencia del plus de seguridad inherente a la escritura pública notarial.

A este plus de seguridad hay que añadir el hecho objetivo del bien sujeto al pacto, que en la mayor parte de las ocasiones será de

---

<sup>910</sup> En este sentido, CASTAN TOBEÑAS, J., *Derecho Civil Español, Común y Foral*, Tomo Sexto, Vol. Tercero, *op. cit.*, pag. 288.

<sup>911</sup> SANCHEZ ARISTI, R., *op. cit.*, pag. 502.

<sup>912</sup> *Ibidem*.

naturaleza inmobiliaria. Siendo esto así, y pensando tanto en los intereses de los propios otorgantes como de sus herederos, parece que la fórmula más segura y lógica es la del instrumento público, toda vez que habilita la inscripción en el Registro de la Propiedad, incluida la constatación del pacto de supervivencia<sup>913</sup>.

Por otro lado, es habitual que se recurra a la escritura pública como título formal del contrato sucesorio, ya sea bajo la denominación de capitulaciones matrimoniales o cualquier otra<sup>914</sup>. La Ley Hipotecaria dispone en el artículo 14 que el contrato sucesorio, a los efectos de practicar la inscripción en el Registro, puede actuar como título de la sucesión hereditaria<sup>915</sup>. Y el artículo 77 del Reglamento Hipotecario señala que en la inscripción de bienes adquiridos, o que hayan de adquirirse en virtud de contrato sucesorio, deben consignarse las estipulaciones pertinentes de la escritura pública en que se recoja el supuesto de sucesión contractual, así como las particularidades de la escritura, testamento o resolución judicial en que aparezca la designación del heredero; las fechas del matrimonio, si se trata de capitulaciones matrimoniales, y, caso de haberse producido, la del fallecimiento de la persona o personas que motiven la transmisión, y la certificación del Registro General de Actos de Ultima Voluntad, cuando fuere necesaria su presentación.

El Reglamento Hipotecario prevé dos tipos de efectos en el contrato sucesorio<sup>916</sup>: la transmisión actual de derechos inmobiliarios, y la mera institución de heredero o legatario. Entre estos últimos, diferencia a su vez entre aquellos cuyo fin es limitar las facultades del

---

<sup>913</sup> Remito en esta materia a lo antedicho en el capítulo IV, apartado I., subapartado 4, y especialmente el punto 4.1, relativo a la inscripción registral del pacto de supervivencia, especialmente la constatación de que las atribuciones particulares ordenadas en pacto sucesorio pueden hacerse constar en el Registro de la Propiedad, en vida del causante, por medio de nota al margen de la inscripción de los bienes inmuebles afectados.

<sup>914</sup> REQUEIXO SOUTO, X.M., “El reflejo del contrato sucesorio en el Registro de la Propiedad”, *Estudios de Derecho de Sucesiones. Liber Amicorum T. F. Torres García*, dirigido por DOMINGUEZ LUELMO, A. y GARCIA RUBIO, M.P., HERRERO OVIEDO, M. (Coord.), La Ley, Madrid, 2014, pag. 1185.

<sup>915</sup> DOMINGUEZ LUELMO, A., “Artículo 14”, *op. cit.*, pags. 167 y 168. Apunta que el contrato sucesorio debe acompañarse de certificado de defunción y certificado de últimas voluntades.

<sup>916</sup> REQUEIXO SOUTO, X.M., *op. cit.*, pags 1180 a 1183.

titular del derecho real, a fin de salvaguardar los derechos del beneficiario del pacto sucesorio, de aquellos otros que contienen solamente efectos personales. Estos últimos tienen vetado, con carácter general, el acceso al Registro, y, de haberlo tenido, deben ser objeto de extinción<sup>917</sup>.

Como vemos, pese a que la sucesión contractual sea extraña al Código Civil, no lo es así respecto del Derecho Inmobiliario Registral, lo que no debe extrañarnos, dada la pluralidad de fórmulas existentes en derecho foral relativas a este tipo de institución sucesoria.

Pese a todo lo dicho, claro está, queda en último lugar la opinión que suscite en el registrador de la propiedad el hecho de calificar un documento presentado bajo la forma de un pacto sucesorio al margen de los Derechos civiles territoriales. En este caso, el conflicto sin duda llegaría si es partidario de la opinión mayoritaria en cuanto a la prohibición genérica de los mismos a partir del artículo 1271, párrafo segundo del Código Civil. Sin embargo, dada la orientación jurisprudencial expuesta, no debería tampoco extrañarnos que fuera inscrito el título de un modo eficaz junto con el pacto de supervivencia, caso de que el registrador entendiera que estamos ante uno de los casos tolerados por la interpretación del Tribunal Supremo.

Cuestión diferente es si el pacto **debe acompañar al título de adquisición, o bien si puede aparecer en un posterior otorgamiento.**

A los efectos de trasladar la institución catalana del modo más preciso posible, acaso lo más aconsejable sería vincular desde el inicio la adquisición del bien a la cuestión de la supervivencia de uno de los adquirentes. De este modo, se deja clara constancia de que la causa del contrato es no sólo la adquisición de un bien determinado sino su adquisición vinculada a la supervivencia de uno de los adquirentes, de modo que devenga exclusivo titular de la misma. Solo de este modo se puede establecer de un modo automático tal intención.

---

<sup>917</sup> *Ibid.*, pags. 1192 y 1193.

Dicho esto, opino que nada puede objetarse a que dos personas, tras comprar o adquirir por cualquier otro título una determinada propiedad, decidan más adelante vincularla a la supervivencia del copropietario. Dada la libertad absoluta en que nos movemos, los efectos deberían ser los mismos, y lo único que habría que respetar es el otorgamiento en documento público.

En caso de que el pacto no se otorgara en un mismo acto por los dos ordenantes, esto es, si sólo uno de ellos lo otorgara en un primer momento, quedando el otro pendiente de hacerlo después (algo perfectamente válido desde el momento en que, al contrario que en el derecho catalán, no existe la obligación del otorgamiento conjunto y en el mismo título que la adquisición, sino que su determinación y contenido queda, en virtud del principio de autonomía de la voluntad, determinado por la voluntad de los otorgantes), el primero, lógicamente, debería hacer constar el carácter condicional de su disposición.

### **2.5.3. Delimitación material**

En cuanto al **objeto** del pacto, pueden ser todas las cosas que estén dentro del comercio de los hombres, con tal que se traten de bienes concretos, conocidos y determinados, existentes al tiempo del otorgamiento del compromiso en el dominio del causante, según requiere la reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo.

Tal requisito excluye necesariamente de la sucesión contractual a los bienes futuros, toda vez que en reiterada doctrina se exige que tales bienes figuren en el patrimonio del disponente. No estaría de más, pues, en los títulos que acrediten actos de disposición por esta vía, que se incluyera la fecha de adquisición de los mismos, a fin de que la misma no pudiera resultar controvertida en un futuro<sup>918</sup>.

También podemos resaltar en este punto que el objeto del pacto sucesorio puede tener naturaleza gratuita u onerosa. En el primer caso,

---

<sup>918</sup> Como, por ejemplo, todos aquellos bienes inmuebles no inscritos en el Registro de la Propiedad, y carentes de título privado de compra o liquidación de impuestos.

estaría toda aquella institución graciosa, desprovista de cualquier tipo de retribución. En el segundo grupo, figurarían las que busquen del instituido algún tipo de contraprestación, como puede ser la de cualquier forma de asistencia, el cuidado en la vejez y enfermedad, o la buena llevanza de un negocio. Mi opinión, como ya he dicho, es que es inherente al pacto de supervivencia la naturaleza gratuita, no siendo el objetivo de ninguno de los dos estipulantes el obtener a cambio del otro una atribución semejante, sino antes bien asegurar su bienestar.

En cualquier caso, lo que parece imprescindible, según lo afirmado, es que en la escritura que recoja el pacto quede perfectamente definido el objeto del mismo, el bien o derecho que se acuerda transmitir con motivo del pacto.

Este bien o derecho, no lo olvidemos, ha de ser adquirido de forma previa y conjunta por los adquirentes, de modo que forme parte del patrimonio de ambos. Ahora bien, ¿qué significaría adquisición conjunta en este caso?

En principio, para todos aquellos otorgantes no unidos por matrimonio, simplemente una determinación de cuota; y lo mismo para los casados en régimen de separación de bienes y participación. Dado que cada cual mantiene un patrimonio independiente y separado, se trataría únicamente de separar de la futura masa hereditaria la cuota de propiedad vinculada por el pacto, a fin de que haga tránsito automático al superviviente, una vez determinado que no existe perjuicio para los legitimarios.

En cuanto a los casados bajo el sistema de gananciales, parece lo razonable que la adquisición se efectúe del modo ordinario, siendo la particularidad derivada del pacto de supervivencia su traslación de la masa ganancial tras el fallecimiento de uno de los cónyuges, directamente, al patrimonio del otro, ya independiente. En este caso nos encontramos con el evidente problema de que, si se efectuó la adquisición con carácter ganancial, debe ser liquidada la sociedad de gananciales disuelta tras el fallecimiento de uno de los cónyuges, y



para ello es necesario el concurso de los herederos.

Nos encontraríamos así con la incómoda e inadecuada necesidad de acudir a los herederos para determinar la verdadera eficacia del pacto; es decir, de contar precisamente con aquellos a quienes se trataba de evitar, a fin de recortar sus derechos sobre el patrimonio del fallecido.

Como alternativas a esta situación, que puede derivar en no pocos problemas de no existir acuerdo con los causahabientes, algo perfectamente posible, acaso los cónyuges deberían ratificar al adquirir la naturaleza privativa de cada una de las adquisiciones, o bien, bajo la forma de pacto capitular, excluir expresamente ambos de la masa ganancial el bien adquirido, y otorgarle naturaleza privativa. Sin embargo, en cualquiera de ambos casos podría existir el problema de justificar la existencia de un crédito a favor de la sociedad de gananciales por el valor del bien adquirido de cara a los futuros herederos, de conformidad con el artículo 1358 del Código Civil.

La sociedad de gananciales, pues, aparece como el marco menos apropiado para acoger el pacto de supervivencia, dado que constituye el entorno más propicio para la aparición de conflictos con los posibles herederos de cualquiera de los adquirentes, bien porque se requiera de su concurso para concretar las cuotas del fallecido y su cónyuge, bien porque puedan reclamar la existencia de una deuda previa con la sociedad de gananciales.

#### **2.5.4. Efectos sucesorios**

##### **2.5.4.1. Naturaleza del derecho adquirido**

Según ya hemos resaltado, el Código Civil considera que la sucesión únicamente puede deferirse por la voluntad del causante manifestada en testamento, o por la ley. La valoración del pacto de supervivencia como un pacto sucesorio conlleva un insoslayable quebranto de tal consideración, pues para ser tratado como institución propia del derecho de sucesiones debe someterse a los mismos filtros

que el resto de sus disposiciones.

Por ello, la primera cuestión que hay que abordar es la relativa a aproximar la decisión contenida en un pacto sucesorio a las disposiciones voluntarias de naturaleza sucesoria, y, en consecuencia, a los testamentos, única vía tolerada en tal sentido por el Código Civil, al constituir ambos manifestaciones de última voluntad, si bien en el caso de la sucesión paccionada con la carga obligatoria inherente a los contratos.

Es en este punto acaso donde la naturaleza híbrida de la sucesión contractual se manifiesta con mayor claridad, pues junto a su naturaleza esencialmente *mortis causa*, ya que por el acuerdo adoptado se regulan relaciones para después del fallecimiento de una persona, se descubre un inevitable negocio *inter vivos*, derivado del acuerdo de voluntades requerido para que dicha sucesión se practique del modo convenido.

Dado que los pactos sucesorio, como institución propia del sistema hereditario, no están previstos en el Código Civil, lo más lógico, desde mi punto de vista, es vincularlos en cuanto a sus efectos con la institución que les es más próxima, esto es, la sucesión testamentaria; y, dentro de aquella, con la disposición de los legados, toda vez que, según hemos expuesto, de momento la única puerta de entrada de esta institución es la de los pactos sobre bienes concretos y determinados, más propios de los legados que de la institución de heredero<sup>919</sup>.

En Cataluña, recordemos, mediante el heredamiento se puede proceder a la institución contractual de heredero, pero también cabe la

---

<sup>919</sup>La semejanza entre ambas instituciones ha sido puesta de manifiesto por la doctrina. Así, NAVAS NAVARRO, S., "El pacto sucesorio de atribución particular..." *op. cit.*, pag. 4; y también SERRANO DE NICOLAS, A., *op. cit.*, pag. 239, quien habla incluso de "identidad de razón" entre ambas instituciones.

Esta relación también ha sido recogida expresamente por el legislador catalán en el Preámbulo del Libro IV del Código Civil de Cataluña, donde afirma que los pactos sucesorios de atribución particular son equivalentes a los legados en la sucesión testamentaria. Esta equivalencia ha conducido a introducir las normas propias de los legados como derecho supletorio a aplicar en esta materia en defecto de las normas imperativas propias de tal institución y de la voluntad de los otorgantes (artículo 431-30), siempre y cuando sean compatibles con su naturaleza irrevocable, como se preocupa de resaltar la citada NAVAS NAVARRO, en la obra antes indicada (pag. 7). Teniendo en cuenta la lógica falta de normas relativas a los pactos sucesorios en el Código Civil, la orientación marcada resulta sin duda interesante.

posibilidad de efectuar pactos de atribución de bienes en concreto, que es la figura con la que, según se ha expuesto, entiendo que presenta mayor semejanza e identidad.

Pues bien, en la traslación, o reinterpretación, de esta figura al derecho castellano, lo que me parece más acertado es esta segunda vía, toda vez que la fórmula del pacto en ningún momento recoge pretensión de instituir heredero al coadquirente, sino únicamente hacerle beneficiario de una parte de un bien en concreto.

Frente a la institución de heredero, el legado se constituye como una manda de carácter voluntario, de modo que su origen siempre ha de estar en el ánimo manifiesto del disponente. La condición de heredero, por el contrario, puede adquirirse de forma volitiva o legal, bien a través de los mecanismos de captación de la última voluntad, bien por medio de las normas propias de la sucesión intestada.

Sabemos que es perfectamente posible que exista institución de heredero sobre un único bien o derecho, ya sea porque tan exiguo era el patrimonio del causante, ya porque ordenó que ese bien o derecho constituyeran su única adjudicación. Sin embargo, no debemos olvidar que el artículo 660 del Código Civil precisa que el heredero es el sucesor a título universal, y el legatario a título particular. Por ello, a falta de la concreta determinación del disponente, o de que su voluntad, según resulta del artículo 668, resulte manifiestamente clara a este respecto, parece lo más lógico interpretar que la atribución *mortis causa* de un único bien concreto se ajusta más a la institución del legado que a la del heredero.

El traslado de la dicotomía heredero-legatario al ámbito de la sucesión contractual nos sitúa, pues, ante el dilema de la naturaleza de del pacto de supervivencia como pacto sucesorio: ¿constituye el acuerdo una auténtica institución de heredero, o únicamente una atribución en concreto?

En primer lugar, y antes de decir nada, conviene que recordemos que el campo de juego de los pactos de sucesorios en el terreno del Derecho Civil Común es mucho más estrecho y limitado que el

estudiado marco catalán, dado que su única vía de penetración es la jurisprudencial, y esta únicamente permite las atribuciones de bienes concretos, existentes y determinados.

Tal exigencia nos plantea las siguientes posibilidades:

1ª.- En caso de que el adquirente premuerto hubiera dejado testamento, se estará al mismo en cuanto a la determinación de los herederos. Si el coadquirente no figura como tal, no tendrá tal condición; pero si lo hace, habrá que determinar la concreta naturaleza de la adjudicación, esto es, si debe considerarse que constituye un prelegado, o bien si se le imputa a cuenta de su cuota como heredero.

2ª.- En caso de que el fallecido no hubiera otorgado testamento, habrá que pasar por la sucesión intestada. El pacto sucesorio en tal escenario obraría como un legado efectuado en un testamento sin institución de heredero.

Dado que la situación típica del pacto de supervivencia cuenta como sujetos a los integrantes de un matrimonio o pareja de hecho, el conflicto con los posibles herederos estará presente siempre que el primer fallecido tuviera hijos o, en su defecto, ascendientes vivos. Lo normal en estos casos es que adquirente no sea heredero universal, sino únicamente receptor de un bien concreto, independientemente de sus otros derechos sucesorios.

La conclusión lógica que se deriva de todo esto es que, salvo que en el momento de constituirse el pacto se recalque la condición de heredero del adquirente, instituido en cuanto a un bien concreto, o que esta resulte de un testamento válido al producirse el fallecimiento, la atribución del concreto derecho a la parte del premuerto debe configurarse como una atribución a título particular, y como tal debe interpretarse a partir de la interpretación analógica de las normas contenidas en el Código Civil para los legados.

Con ello no quiero decir, huelga advertirlo, en modo alguno, que haya que interpretar el pacto de supervivencia como un legado formulado fuera del testamento. No. De lo que se trata es de establecer

la más precisa semblanza entre ambas instituciones, a fin de determinar las normas que, analógicamente, han de aplicarse a los supuestos de sucesión contractual, ya que el Código Civil no contiene disposición alguna al respecto.

#### **2.5.4.2. Eficacia sucesoria del pacto de supervivencia**

Los resultados del pacto de supervivencia, a efectos de construir un marco jurídico adecuado como pacto sucesorio, tras decantarnos por esta fórmula, deberían ser los propios de la sucesión contractual. El problema es que la sucesión contractual, como tal, según he insistido, no se encuentra regulada por el Código Civil, de modo que debemos completar tal laguna trazando paralelismos con la figura del legado, y acudiendo a la jurisprudencia existente, a fin de determinar la viabilidad de sus modos y efectos.

Las dos cuestiones más relevantes en este sentido parecen ser la constatación de la aceptación y su reflejo formal por los medios adecuados, por un lado; y por otro la repercusión de tal adjudicación en relación con la totalidad del caudal relicto, especialmente en relación con los derechos legitimarios. Y es que, como disposición *mortis causa* de naturaleza gratuita, y de modo parecido al regulado por el Código Civil Catalán, la adjudicación contenida en el pacto de supervivencia debe tenerse en cuenta a la hora de calcular la legítima de los herederos forzosos, a fin de determinar si la misma perjudica o no sus derechos legitimarios.

##### **a) La aceptación**

En la sucesión contractual, la aceptación constituye un acto previo al fallecimiento. En consecuencia, no parece necesario en modo alguno que el adquirente la reitere una vez producido el óbito del primero de ellos, sino que únicamente debe materializarse formalmente para constatar su plena validez y eficacia.

En aquellos casos en que el haber hereditario sea tal que la participación del bien sujeto al pacto de supervivencia no suponga menoscabo alguno para los derechos legitimarios, una vez efectuado el preceptivo cómputo a fin de determinar tal extremo, la adquisición será plenamente efectiva, y únicamente habrá que documentar del modo más adecuado el tránsito patrimonial, lo que, según he opinado previamente, deberá realizarse en documento público.

En mi opinión, a tal otorgamiento deberían concurrir los herederos forzosos del fallecido, a fin de acreditar que están conformes con la adjudicación pactada, y que la misma no supone un perjuicio para sus derechos legitimarios. En tal sentido, y según sea la relación entre los interesados o el interés de cada uno, la constatación de la validez del pacto podría recogerse dentro de la propia escritura de manifestación y adjudicación de herencia otorgada al óbito del causante, aprovechando la presencia de todos ante un mismo fedatario público, así como el otorgamiento de la misma; o bien efectuarse en escrituras distintas.

Tal escritura deberá constatar de modo efectivo el fallecimiento del copropietario, mediante el correspondiente certificado de defunción, así como la identidad del bien sujeto al pacto de supervivencia, y su permanencia dentro del patrimonio de ambos adquirentes, lo que deberá acreditarse no sólo con el título de propiedad del que resulte el pacto, sino también con la información registral que verifique no tanto la existencia del pacto de supervivencia cuanto la titularidad dominical del fallecido respecto de la cuota comprometida. Pero en ningún caso el otorgamiento del instrumento público deberá interpretarse como la aceptación de los efectos del pacto, sino únicamente como su constatación.

Hecho esto, corresponderá efectuar la pertinente liquidación por el Impuesto de Sucesiones, dentro del plazo legalmente previsto para la misma, de conformidad con su naturaleza *mortis causa*.

En consecuencia, en este caso no existirían más problemas que los derivados de la particular naturaleza atípica del pacto de

supervivencia, salvables como he señalado a través de la vía jurisprudencial estudiada.

**b) El computo del valor de la parte del bien sujeto al pacto de supervivencia en la herencia del adquirente premuerto**

Más problemática parece la repercusión de la adjudicación derivada del pacto de supervivencia en relación con el resto del caudal relicto, especialmente cuando pueda existir un perjuicio para los derechos de los legitimarios. En concreto, me refiero a aquellas situaciones en que, tras computarse el valor de la parte del bien sujeto al pacto de supervivencia en la totalidad de la herencia, resulte un menoscabo cuantitativo para los derechos de los legitimarios<sup>920</sup>.

Tal situación, derivada del exiguo patrimonio del causante, nos llevaría a efectuar consideraciones de diversa índole, similares a las ya estudiadas en relación con la institución catalana, conducentes a reducir los efectos del pacto como si de un legado se tratara, de acuerdo con lo indicado por el artículo 817 del Código Civil, en cuanto inoficiosos o excesivos, hasta el límite de la legítima, a través de la acción de reducción de legados.

Esta conclusión conlleva que la eficacia del pacto debe quedar condicionada a la determinación, *post mortem*, del patrimonio del causante y otorgante, según sanciona el artículo 818 del Código Civil.

Podríamos traer a colación, en este sentido, las reflexiones previamente desarrolladas en este mismo trabajo en relación con el supuesto catalán, con las lógicas salvedades derivadas del diferente

---

<sup>920</sup> LACRUZ BERDEJO, J.L., RAMS ALBESA, J., y otros, *Elementos de Derecho Civil. Sucesiones*, op. cit., pags 376 a 378, y 383 y 384. Diferencian, en cuanto al posible perjuicio de derechos legitimarios, que este puede producirse de forma cualitativa o cuantitativa. Predicándose el perjuicio cualitativo únicamente de aquellas situaciones en que se haya constituido algún tipo de gravamen sobre la legítima, o que esta se haya concretado por voluntad del testador en bienes ajenos a la herencia, junto con el supuesto concreto del artículo 820.3 del Código Civil, no parece que tales modo de infringir la intangibilidad de la legítima sean aplicables a esta situación. Desde mi punto de vista, la constitución del pacto de supervivencia como pacto sucesorio únicamente podría afectar a la intangibilidad de la legítima desde un punto de vista cuantitativo, esto es, “privando al legitimario en todo o en parte de la cuantía de bienes que le corresponde”.

cuerpo normativo. Sin embargo, debe recordarse que la diferente naturaleza de la legítima castellana frente a la catalana supone un importante punto de fractura, que se traduce en un indudable lastre en la traslación de la institución al Derecho Civil Común. Y es que, frente a la cuarta parte que constituye la legítima de los herederos en Derecho Catalán, y, especialmente, a su configuración como *pars valoris*, el Código Civil eleva la legítima a las conocidas dos terceras partes de los descendientes, o a la mitad o tercera parte de los ascendientes, según concurren o no con el cónyuge, y la constituye como *pars bonorum*, de modo que todos y cada uno de los bienes hereditarios quedan afectos a su pago, incluida la parte del bien sujeta al pacto de supervivencia.

Como es bien sabido, el Código Civil consagra, a través del artículo 806, que la legítima constituye una “porción de bienes” de la que el testador no puede disponer libremente, por lo que tradicionalmente se ha interpretado que los legitimarios deben recibir su participación en bienes de la herencia<sup>921</sup>, sin que puedan introducirse bienes extrahereditarios, salvo en los casos expresamente previstos por la ley: los artículos 1056.2, 821, 822 y 829, y el excepcional 841, que tras la reforma en 1981 cambió de forma radical el panorama del pago de la legítima, aunque, en el fondo, no deje de ser una excepción a la norma general del pago en bienes de la herencia.

En el caso que nos ocupa, esta excepción genérica del citado artículo 841, dado que se refiere únicamente a adjudicaciones efectuadas a favor de los hijos o descendientes, en ningún caso podría trasladarse al pacto de supervivencia, ya que el beneficiario es el cónyuge. Tampoco la situación recogida en el artículo 822 es aplicable, al referirse a un mero derecho de habitación; ni la sancionada por el 829, ya que únicamente se predica respecto de adjudicaciones con cargo a la mejora.

Constituye un caso distinto, sin embargo, el segundo párrafo del artículo 1056. Si bien su especial naturaleza, vinculada a la

---

<sup>921</sup> LACRUZ BERDEJO, J.L., RAMS ALBESA, J., y otros, *Elementos de Derecho Civil. Sucesione*, op. cit., pag. 372.



indivisibilidad de los negocios y patrimonios familiares, parece poco propicia para el caso que nos ocupa, no deja de ser posible que el objeto del pacto pueda quedar conformado por un conjunto de acciones o participaciones sociales, o una explotación económica.

Más interesante parece, en consecuencia, lo previsto en el artículo 821, que establece:

*Cuando el legado sujeto a reducción consista en una finca que no admita cómoda división, quedará ésta para el legatario si la reducción no absorbe la mitad de su valor, y en caso contrario para los herederos forzosos; pero aquél y éstos deberán abonarse su respectivo haber en dinero.*

En este caso, estableciendo la nada descabellada analogía entre el legado y el pacto sucesorio, toda vez que por ambos instrumentos se persigue la adjudicación *mortis causa* de un bien concreto, podríamos hallar un resquicio para jugar a favor del cónyuge y facilitar el mantenimiento de la propiedad, aunque a cambio de compensar a los herederos, y siempre y cuando no se excedan de los límites marcados. Y todo ello, por supuesto, dando por sentado que se diera por buena la necesaria analogía entre el legado que contempla el citado artículo y el pacto sucesorio.

Sin embargo, la posibilidad no deja de ser atractiva, pues al menos daría la oportunidad de ampliar los márgenes estrictos de las cuotas que conforman la legítima de los herederos forzosos, a la vez que permitiría su satisfacción con dinero de naturaleza extrahereditaria, lo que supone no poca ganancia, al otorgar un mayor margen de maniobra al beneficiado por el pacto de supervivencia, pero sin perjudicar a los herederos forzosos.

Pese a que toda la problemática expuesta, y especialmente la resultante de la naturaleza de la legítima castellana y su sistema de protección, no hace sino evidenciar que el marco jurídico sucesorio

catalán es más favorable a este tipo de acuerdos y disposiciones, y que las normas contenidas en el Código Civil resultan menos flexibles a la hora de interpretar y tolerar este tipo de adjudicaciones, no deja de ser cierto que, de conformidad con lo expuesto, parece existir la posibilidad de articular algo parecido al pacto de supervivencia catalán con sede en el Derecho Civil Común.

### **3. El pacto de supervivencia como negocio jurídico de naturaleza onerosa**

#### **3.1. Justificación**

Me dispongo ahora a elaborar un planteamiento radicalmente distinto no sólo frente a las dos previas alternativas hasta ahora estudiadas, sino a las mismas conclusiones previamente expuestas en relación con la naturaleza del pacto de supervivencia catalán. Tal cambio de orientación no responde a un caprichoso anhelo de examinar todas las alternativas posibles, aún aquellas en las que no creo, ni tampoco a un intento de reconciliar mi postura con la de algunos de los que han estudiado esta institución previamente. Se debe, como ya he indicado, al entendimiento de que, en virtud del principio de autonomía privada, es posible configurar un contrato aleatorio cuyos *efectos* sean semejantes a los que se siguen de las adquisiciones onerosas con pacto de supervivencia catalanas<sup>922</sup>.

Al ser el medio ambiente necesario para la elaboración de un

---

<sup>922</sup> Previamente (Capítulo Primero, apartado I.6) expuse las similitudes que pueden establecerse entre el pacto de supervivencia y la tontina francesa. En relación con la naturaleza de esta última, NUÑEZ IGLESIAS, A., *op. cit.*, pags. 5440 y 5441, ha señalado lo siguiente:

1.- Que la tontina no constituye un negocio de *atribución mortis causa*, pues el fallecimiento de uno de los otorgantes (en virtud de la condición resolutoria), elimina su cuota (o posible cuota) del caudal relicto, de modo que el otro otorgante, por acción de la condición suspensiva, queda como único propietario.

2.- Que, siendo una adquisición *inter vivos*, es de carácter oneroso, pues cada uno adquiere la ventaja de poder quedar como único propietario del bien frente al riesgo de no serlo jamás, con lo que ambos soportan un sacrificio equivalente.

3.- Que, siendo un pacto oneroso, es además aleatorio, dada la incertidumbre existente sobre el momento de fallecimiento de uno u otro, que es, en definitiva, el hecho que determinará la consolidación de la propiedad en uno u otro.

instrumento jurídico de estas características el espacio de libertad proporcionado por la autonomía de la voluntad, el primer paso necesario debería ser analizar cómo debería ser, o, mejor dicho, como debería estar conformada la declaración de voluntad que dé vida al negocio. Esto es, la razón del negocio jurídico. La causa de este.

Dos son, según he expuesto, las soluciones posibles: que mediante el pacto de supervivencia se busque un beneficio propio, de modo que la finalidad interna del negocio sea resultar finalmente el receptor de la totalidad de la cosa objeto del pacto; o bien, todo lo contrario: que con el mismo se persiga dejar en la mejor situación posible y proteger al comunero y co-otorgante del pacto.

La segunda alternativa da lugar al pacto de supervivencia como negocio gratuito, lo que ya hemos analizado. La primera, lo constituye en un contrato oneroso, y a esta nos dedicaremos ahora.

### **3.2. El pacto de supervivencia como contrato atípico**

Indica con indudable precisión DIEZ-PICAZO que el contrato tiene “su fundamento más hondo en el principio de autonomía privada o de autonomía de la voluntad”<sup>923</sup>. Tal autonomía, dentro de los límites previamente expuestos, es la que confiere verdadera vitalidad a la relación negocial propia del Derecho Privado<sup>924</sup>, que permite la elaboración de nuevos instrumentos contractuales, al margen de los previstos por la ley

Esta labor de creación nos conduce, inevitablemente, al ámbito de los contratos atípicos, cuya íntima vinculación con el principio de autonomía de la voluntad resulta manifiesta<sup>925</sup>.

---

<sup>923</sup> DIEZ-PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, Tomo I, *op. cit.*, pag. 143.

<sup>924</sup> Según señala PEREZ HEREZA, J., “Autonomía de la voluntad y libertad contractual”, *Autonomía de la Voluntad en el Derecho Privado*, Tomo III-1, Consejo General del Notariado, 2012, pag. 431, “en el ámbito contractual, la autonomía privada se circunscribe a la facultad de decidir si se contrata o no y para determinar el contenido del contrato”.

<sup>925</sup> LACRUZ BERDEJO, J.L., DELGADO ECHEVERRÍA, J., y otros, *op. cit.*, pag. 235: “La *atipicidad* es un fenómeno propio de aquellas zonas de la vida jurídica donde

El ordenamiento jurídico ha provisto a los sujetos que forman parte del mismo de un número determinado de contratos típicos (la compraventa, la permuta, el mutuo y el comodato...), esto es, aquellos que cuentan con una disciplina normativa propia, recogida en diversos cuerpos legales. Cuando estos contratos no son suficientes para regular las relaciones particulares, o no cubren los fines específicamente previstos por cada caso concreto, entonces se abre la posibilidad de que los contratantes elaboren por sí mismos las reglas por las que debe regirse su relación negocial.

Esta habilitación supone la consagración de las reglas de libertad contractual, así como el reconocimiento de la capacidad creadora de los sujetos de derecho. En consecuencia, únicamente es posible que esto se produzca en sistemas que admiten una amplia libertad productora a las personas, físicas o jurídicas, que conviven bajo sus principios, lejos de aquellos otros regímenes dominados por el formalismo y el legalismo<sup>926</sup>.

En el desarrollo de su labor creadora, los sujetos interesados pueden regular sus relaciones al margen de las figuras preestablecidas, que no de las normas preexistentes, pues siempre, en su función elaboradora, han de tener en cuenta el sometimiento de sus decisiones a los principios generales y normas de carácter impositivo del ordenamiento jurídico del que forman parte.

En concreto, se ha señalado por la doctrina que los contratos atípicos deben regirse por las normas legales de carácter imperativo; por lo concretamente estipulado por las partes, siempre que esto no contravenga la ley, la moral ni el orden público; y por las normas de Derecho supletorio aplicables a los contratos en general<sup>927</sup>.

Dentro del respeto a este marco normativo, el desarrollo de la

---

impera la autonomía de la voluntad”.

<sup>926</sup> DIEZ-PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial. Tomo I, op. cit.*, pag. 488.

<sup>927</sup> ALBALADEJO GARCIA, M., *Derecho Civil II, op. cit.*, pag. 420. Destaca el autor, en relación con el tercer grupo normativo, la sumisión al artículo 1258 del Código Civil, del que se predica que los contratos obligan a todo aquello que, según su naturaleza, sea conforme a la buena fe, al uso y a la ley.

actividad creadora de los interesados puede conducirse por diferentes procedimientos a fin de constituir el negocio jurídico que mejor satisfaga sus respectivos intereses<sup>928</sup>, lo que en nuestro caso se traduce en tomar un negocio de tipo adquisitivo, traslativo del dominio, y unir al mismo el pacto de atribución al superviviente de la totalidad de la cosa recién adquirida.

Esta vinculación de contrato adquisitivo junto con el pacto de supervivencia conduce necesariamente a una de las cuestiones sobre las que la doctrina se ha pronunciado reiteradamente, y que constituye uno de los problemas fundamentales que plantean los contratos atípicos: la determinación de si estos dan lugar a uno o varios contratos.

Tal cuestión no es asunto nuevo en el marco de este trabajo, puesto que ya hemos comprobado como en los albores dogmáticos de las compraventas con pacto de supervivencia, un tema central de discusión fue el de si estas constituían un único contrato (tesis unitaria<sup>929</sup>), o bien suponían el concurso de dos negocios jurídicos distintos (tesis dualista<sup>930</sup>).

Si partimos de aquellas tesis que defienden de que es la unidad económica la que dota de unidad al negocio jurídico, entonces debe entenderse que existe un solo contrato. A ello se refiere el Tribunal Supremo, en sentencia de 3 de julio de 1941, cuando habla de *una soldadura tan íntima en un solo nexo que sería inútil pretender que se mantuviera su substancia jurídica separando sus elementos*

---

<sup>928</sup> DIEZ-PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial. Tomo I, op. cit.*, pags. 489 a 491 y 494, distingue entre los denominados *contratos mixtos, contratos coligados, contratos complejos y contratos absolutamente atípicos*. Otros autores parten de otros sistemas de clasificación. Así, DE CASTRO Y BRAVO, F., *El Negocio Jurídico, op. cit.*, pags. 206 y 207, distingue entre cinco tipos de contratos atípicos: contratos atípicos con prestaciones extrañas o anómalas; contratos externamente conexos; contratos conexos con su finalidad económica; contratos de tipo doble o híbridos; y contratos mixtos. Y ALBALADEJO GARCIA, M., *Derecho Civil II, op. cit.*, pags. 419 a 423, por el contrario, únicamente señala dos categorías: los contratos propiamente atípicos (aquellos que son por completo creación de las partes), y los contratos mixtos (combinación de distintos contratos típicos).

<sup>929</sup> Defendida por VALLET DE GOYTISOLO. *Vid supra*, Capítulo Segundo, apartado II, subapartados 2.1.2, 2.1.3, y, especialmente, 2.1.4.

<sup>930</sup> Defendida por VIRGILI SORRIBES y CALVO SORIANO. *Vid supra*, capítulo segundo, apartado II, subapartados 2.2 y 2.3.2.

*componentes*. Es decir: la unión de diversos elementos de diferentes contratos, o de diferentes contratos, darían lugar a un solo negocio si de dicha unión se desprende una íntima unidad en cuanto a la finalidad perseguida, de modo que perdiera sentido considerando sus diferentes elementos como entidades aisladas.

En este caso, esa *íntima soldadura* tendría que conducir a concretar si la voluntad del transmitente era simplemente desprenderse de la cosa a cambio de un precio, o cualquier otra contraprestación, o bien si le guiaba la intención de transmitir el bien acordado a ambos adquirentes y al más viviente de los dos. Esto es, penetrar en la causa del contrato, “cuestión clave para determinar el significado del negocio atípico”<sup>931</sup>.

Se ha señalado por la doctrina que la causa del negocio atípico viene constituida por “el resultado práctico” que persiguen los celebrantes al configurar el negocio<sup>932</sup>. Ahora bien, dado que tales contratos se caracterizan por carecer de un esquema legal previamente establecido al que acudir, habrá que poner ese “resultado práctico” en relación con el artículo 1274 del Código Civil<sup>933</sup>.

De ello resulta, tal y como se establece en reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo, que habrá que atender a la hora de calificar el negocio atípico no a la denominación dada por las partes, sino al espíritu que informa el negocio, así como al objeto perseguido por medio del mismo<sup>934</sup>. Elementos estos de los que, a su vez, se derivará la admisibilidad y validez del contrato atípico.

Todo lo dicho sobre esta materia en relación con las

---

<sup>931</sup> DE CASTRO Y BRAVO, F., *El Negocio Jurídico*, op. cit., pag. 208.

<sup>932</sup> Así DE CASTRO: *ibidem*.

<sup>933</sup> CASTAN TOBEÑAS, J., *Derecho Civil Español, Común y Foral*, Tomo I, Vol. 2º, op. cit., pags. 679 y 692 a 694; LACRUZ BERDEJO, J.L., DELGADO ECHEVERRÍA, J., y otros, *Elementos de Derecho Civil I*, Vol. Tercero, op. cit., pag. 201 a 203. Mientras la causa cumple la función económico-social caracterizadora del negocio, constituyendo el fin objetivo, intrínseco o jurídico del acto, los motivos aparecen como fines psicológicos, individuales o puramente personales, intrascendentes desde un punto de vista jurídico (salvo que sirvan para revelar una causa falsa, ilícita o ausente). De ello resulta que, mientras la causa es siempre la misma en cada distinto tipo de negocio, los motivos pueden variar según cada persona.

<sup>934</sup> Así, sentencias de 10 de junio de 1929, 27 de junio de 1946, u 11 de marzo de 1965 .

compraventas con pacto de sobrevivencia, más tarde red denominadas adquisiciones onerosas con pacto de supervivencia, cobra vigencia aquí. De nuevo nos enfrentamos a la tesis unitaria frente a la dualista<sup>935</sup>, y, en esta tesitura, no puedo por menos que reiterar mi opinión de que nos encontramos ante dos negocios distintos, integrados por un primer contrato de adquisición, seguido por el pacto de supervivencia en sí.

Una vez configurado el pacto de supervivencia, será el momento de preguntarnos si, como tal, goza de validez dentro del sistema jurídico. Debemos recordar, en este sentido, que los contratos atípicos, como categoría genérica, disfrutan *a priori* del amparo que se deriva de los principio de autonomía privada y libertad de contratación. Ahora bien, esta validez genérica requiere de un filtro más preciso a la hora de determinar si ese contrato atípico *en particular*, esto es, atendido en concreto, debe beneficiarse de dicha tutela jurídica, o bien ser prohibidos o ignorados<sup>936</sup>.

Pues bien, para que el contrato goce de protección por el ordenamiento jurídico, es necesario que su función económico-social sea adecuada para satisfacer el fin perseguido de conformidad con los principios rectores del ordenamiento, lo que en materia contractual nos sitúa ante los límites genéricos del artículo 1255 del Código Civil: la ley, la moral y el orden público, en cuanto delimitación legal de la autonomía privada; así como ante los contenidos en el artículo 1275, en relación con los contratos sin causa o con causa ilícita<sup>937</sup>. Cuestiones que, en este caso, según veremos, tienen que vertebrar sobre la adecuación de un negocio oneroso y aleatorio, constituido sobre la incertidumbre de la premoriencia de uno de los adquirentes.

Una vez determinada su validez y licitud, se hará necesario

---

<sup>935</sup> *Vid supra* Capítulo Segundo, y en especial dentro del apartado II, los subapartados 2.1.2, 2.1.4, 2.2 y 2.3.2.; dentro del apartado III, el subapartado 2.7; y dentro del apartado IV, el subapartado 4.

<sup>936</sup> BETTI, E., *El Negocio Jurídico*, *op. cit.*, pag. 56.

<sup>937</sup> Para un más amplio acercamiento a la función de estos límites, véase, entre otros, DIEZ-PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*. Tomo I, *op. cit.*, pag. 492.

ahondar más profundamente en el contenido de la adquisición efectuada con pacto de supervivencia.

Para ello, en primer lugar, debemos delimitar con precisión la clase de negocio que constituye la adquisición con pacto de supervivencia *formada al margen del Derecho catalán*.

A mi juicio, según he adelantado, nos encontramos con dos contratos distintos, aunados por la voluntad de la parte compradora de *adquirir conjuntamente y para el más viviente de ambos*, que actúa como nexo de unión entre ellos, vinculándolos en un mismo instrumento (o no). Siendo esto así, junto a un negocio típico y oneroso de naturaleza adquisitiva, sea el de compraventa, permuta, dación en pago de deuda o renta vitalicia, y que no ofrece mayor complejidad a la hora de clasificarlo, dado su carácter típico, aparecería el pacto de supervivencia, evidentemente atípico, al constituir una figura inexistente dentro de los modelos preestablecidos por el ordenamiento civil común.

Por ello, al igual que defendí en relación con la institución propia del Derecho civil catalán, entiendo que el negocio adquisitivo y el pacto de supervivencia no conforman una unidad negocial inescindible, sino que cada uno de ellos tiene entidad propia como negocio jurídico independiente.

Concibo de este modo que la disparidad de intereses y fines perseguidos por la parte transmitente y adquirente en relación con el pacto de supervivencia es tal, que necesariamente debe defenderse la dualidad negocial de los dos contratos, pese a que se otorguen en un mismo instrumento<sup>938</sup>. Los sujetos del contrato adquisitivo no son los mismos que los del pacto de supervivencia, de modo que nos encontramos ante dos negocios distintos, subjetiva y materialmente bien diferenciados:

El vendedor, o transmitente por medio de cualquier negocio oneroso, quiere enajenar la cosa pactada y obtener el precio acordado.

---

<sup>938</sup> Así CALVO SORIANO, A., op. cit., pag. 374. A mayor abundamiento, *vid supra* Capítulo Segundo, apartado II, subapartado 2.3.2.



Ahí acaba su papel e interés en el negocio. Todo es posible, pero se me hace muy difícil pensar, en este sentido, en un vendedor que decida transmitir a una pareja y al superviviente de ambos. El transmitente buscará sólo transmitir y que dicha venta se efectúe de tal modo que él obtenga la contraprestación acordada.

Los compradores o adquirentes, por contra, buscan no sólo adquirir, sino adquirir de tal modo que el superviviente de ambos se haga con el dominio total de la cosa adquirida. Esta voluntad finalista de acordar *desde ya*<sup>939</sup> el destino del bien entre ambos, es la que dota al negocio de su propia individualidad, al margen del previo negocio de enajenación. También es la que determina, según hemos apuntado, su naturaleza gratuita u onerosa, que es el caso que ahora nos ocupa.

### **3.3. El pacto de supervivencia como contrato oneroso y aleatorio**

#### **3.3.1. Onerosidad frente a gratuidad**

Como ya se ha explicado, los contratos onerosos se caracterizan porque de los mismos se derivan proporcionalmente ventajas y sacrificios para ambas partes. En consecuencia, la consideración del pacto de supervivencia como contrato oneroso, parte necesariamente de una total reinterpretación de la causa que guía a los otorgantes: ya no se busca el beneficio mutuo, sino que cada uno aguarda el fallecimiento del otro del otro a fin de convertirse en titular exclusivo del bien adquirido.

Esta expectativa *onerosa*, es, a mi juicio, la que dotará al compromiso individual de cada adquirente de la naturaleza de auténtica *prestación*, siendo la suma de ambas declaraciones la que confiera carácter oneroso al contrato, merced a la necesaria combinación de prestación y contraprestación, que aquí funcionaría como un “te

---

<sup>939</sup> Nótese que en todo este apartado enfocaré el pacto de supervivencia como un negocio oneroso entre las partes.

adjudico mi cuota de participación para el caso de que yo fallezca primero, *porque* tú haces lo mismo respecto a mí para el caso de que seas tú quien fallezca primero”.

Por el contrario, la fórmula que dotaría al negocio de carácter gratuito vendría a ser: “te adjudico mi cuota de participación para el caso de que yo fallezca primero, *para que* tú puedas quedar único propietario”. Fórmula que constituiría el núcleo individual de cada una de las dos declaraciones negociales, cuya reciprocidad consistiría así en una mera unidad de acto.

La declaración onerosa, por el contrario, sí sería recíproca en cuanto a los fines perseguidos, que son los mismos pero cruzados: “yo te doy porque tú me das”.

Para que el pacto de supervivencia constituya un contrato oneroso, es necesario, pues, descubrir la necesaria contraprestación existente entre los otorgantes. Tal y como vimos anteriormente, para una parte de la doctrina la contraprestación vendría constituida por el recíproco compromiso de transmitir cada uno al otro su mitad en caso de premoriencia, de modo que no habría liberalidad a la hora de establecer el pacto, sino más bien un ánimo de enriquecimiento, algo sobre lo que ya hemos hablado<sup>940</sup>.

Desde este punto de vista, la celebración del contrato vendría motivada por el ánimo de lucro de ambos otorgantes, y constituiría la contraprestación del contrato el compromiso que ambos adquieren a transmitir su parte al otro en caso de premorir, con lo que necesariamente uno de los dos verá aumentado su patrimonio en defecto del otro.

### **3.3.2. El riesgo como factor determinante: la aleatoriedad en el pacto de supervivencia**

Dentro de la categoría de los contratos onerosos, tradicionalmente, se ha señalado que los mismos se subdividen en

---

<sup>940</sup> *Vid supra*, Capítulo Segundo, apartado III, subapartado 2.1.

contratos *conmutativos y aleatorios*<sup>941</sup>.

Los contratos conmutativos son aquellos en que cada una de las partes “tiene en cuenta la adquisición de un equivalente de su prestación, pecuniariamente apreciable y bien determinado desde el momento mismo de la celebración del contrato. Aleatorios o de suerte son todos aquellos contratos en que cada una de las partes tiene en cuenta la adquisición de un equivalente de su prestación, pecuniariamente apreciable, pero éste no está bien determinado en el momento del contrato y depende de un acontecimiento incierto, por lo que los contratantes corren un riesgo de ganancia o de pérdida”<sup>942</sup>.

En ocasiones, sin embargo, la doctrina ha hecho énfasis en el equilibrio entre las prestaciones: así, en los contratos conmutativos, la relación entre la prestación y la contraprestación está equilibrada y fijada de antemano por las partes, de modo que saben en el momento de celebración del contrato exactamente en qué consistirán<sup>943</sup>. En los contratos aleatorios, sin embargo, tal equilibrio tiende a desaparecer, haciendo que la existencia y contenido de alguna de las prestaciones, o de todas, se haga depender de un acontecimiento incierto.

Tal dualidad puede resumirse en que, mientras que en los contratos conmutativos cada parte sabe lo que va a ganar, en los aleatorios únicamente tienen conocimiento de que pueden ganar o perder.

En consecuencia, por contrato aleatorio entendemos aquel en que la ganancia o pérdida para cada una de las partes depende de un acontecimiento incierto, desconocido para ellas, de modo que les resulte imposible saber, al tiempo de la celebración del contrato, quién resultará beneficiado y quién perjudicado por la producción o no de

---

<sup>941</sup> Así CASTAN TOBEÑAS, J., *Derecho Civil Español, Común y Foral*. Tomo Tercero, *op. cit.*, pags. 386 y 387; DIEZ-PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, Tomo I, *op. cit.*, pag. 102; o LACRUZ BERDEJO, J.L., DELGADO ECHEVERRÍA, J., y otros, *Elementos de Derecho Civil I, Volumen Tercero*, *op. cit.*, pag. 231.

<sup>942</sup> DIEZ-PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, Tomo I, *op. cit.*, pags. 102 y 103.

<sup>943</sup> Así LACRUZ BERDEJO, J.L., DELGADO ECHEVERRÍA, J., y otros, *Elementos de Derecho Civil I, Volumen Tercero* *op. cit.*, pag. 231.

dicho acontecimiento.

Trasladando esta dualidad al pacto de supervivencia, no cuesta mucho encuadrarlo en una de estas dos categorías. Dado que lo que caracteriza al pacto de supervivencia es, precisamente, la incógnita sobre la producción de su resultado, que puede favorecer a uno u otro adquirente (inherente a toda disposición sucesoria, sometida al devenir de la existencia, con sus múltiples e imprevisibles acontecimientos), trasladada al ámbito de los contratos onerosos clasifica necesariamente al pacto de supervivencia como un contrato aleatorio, pues es la incertidumbre de su resultado lo que tipifica su contenido.

Siguiendo el parecer expuesto en la doctrina, tres son los elementos que tipifican de manera precisa al contrato aleatorio frente a las demás categorías contractuales: “la indeterminación inicial del resultado, dependencia definitiva del mismo de circunstancias aleatorias que lo hacen incierto y voluntariedad de los interesados en asumir ese riesgo”<sup>944</sup>. Lo que, trasladado al ámbito del pacto de supervivencia, se convertirá en desconocimiento acerca de quién de los dos adquirentes fallecerá primero; sujeción de la adquisición del pleno dominio sobre la cosa adquirida a la supervivencia de uno de ellos; y decisión de los propios celebrantes de vincular sus respectivos derechos a ese evento incierto, la muerte, de modo que del mismo se determine quién resultará pleno propietario del bien conjunto.

Dado que el elemento discriminatorio de los contratos aleatorios es el *alea* o riesgo, cuya existencia por ambas partes es querida, la muerte de uno de los celebrantes adquiere ese carácter, y dota al contrato de la requerida *aleatoriedad*. En consecuencia, la muerte se convierte no sólo en un elemento esencial del contrato, sino en un elemento causal del mismo.

Cumple la muerte de este modo con los requisitos que se exigen al riesgo. Este consiste, no lo olvidemos, en que las partes “en el momento de concluir el acuerdo, desconocen si este tendrá unas consecuencias

---

<sup>944</sup> GUILARTE ZAPATERO, V., *op. cit.*, pag. 322.

beneficiosas o perjudiciales o en qué medida se concretarán estas, porque el nacimiento de la obligación, su alcance patrimonial o su extinción dependen de un hecho de producción más o menos probable que, según acontezca en uno u otro momento o no tenga lugar, originará resultados distintos para los interesados”<sup>945</sup>.

De este modo, el riesgo no debe ser entendido como el riesgo inherente a la celebración de cualquier negocio<sup>946</sup>, sino como un riesgo voluntario, no solo aceptado, sino querido por las partes, que se constituye en motivo esencial de celebración del contrato, y que en nuestro caso se traduce en voluntad de adquirir *para el más viviente de los dos*. No se desea simplemente comprar, sino comprar entre los dos y para el que sobreviva<sup>947</sup>.

Los celebrantes acuden al contrato aleatorio porque desean someter el negocio a un evento incierto (la muerte de uno de ellos), que determinará quién deviene finalmente titular de la totalidad de la cosa adquirida.

### **3.3.3. Contratos aleatorios frente a contratos condicionales**

La incertidumbre del resultado, que define a los contratos aleatorios, ha dado lugar a que la doctrina acentúe la distinción que existe entre estos y los contratos sometidos a condición<sup>948</sup>, por lo que debemos plantearnos si la muerte de uno de los adquirentes constituye el riesgo propio de los contratos aleatorios, o bien simplemente se reviste de las características propias de una condición.

Ante tal cuestión, tenemos que recordar cuales son los criterios que sirven para diferenciar los contratos aleatorios de los sometidos a

---

<sup>945</sup> GUILARTE ZAPATERO, V., *op. cit.*, pag. 325.

<sup>946</sup> Por ejemplo, en la compraventa, el riesgo de recibir un cheque sin fondos o de adquirir una finca con vicios ocultos; el riesgo de efectuar un préstamo de dinero y que no sea devuelto; el riesgo a donar un bien a un hijo y que luego lo destine a fines imprevistos...

<sup>947</sup> GUILARTE ZAPATERO, V., *op. cit.*, pag. 325: “La aleatoriedad, en cuanto implica la probabilidad de una ganancia inherente o vinculada al riesgo de una pérdida, se toma en consideración por los contratantes hasta el punto de ser tal circunstancia, voluntariamente querida, la que les impulsa a concluir el acuerdo”

<sup>948</sup> Véase por todos GUILARTE ZAPATERO, V., *op. cit.*, pags. 327 a 330.

condición.

Los contratos aleatorios, según se ha indicado, son aquellos en los que *la producción de la prestación* que constituye la causa del contrato queda sometida al azar, esto es, a un hecho futuro e indeterminado.

Los denominados contratos condicionales, por el contrario, son aquellos cuya *eficacia* se hace depender de un hecho incierto, añadiéndose la condición generalmente al tipo preestablecido; por ejemplo, compraventa sometida a la condición resolutoria del pago de la totalidad del precio.

Las condiciones pueden ser clasificadas atendiendo a distintos criterios<sup>949</sup>. Sin embargo, la distinción más relevante a efectos prácticos de este estudio es la que diferencia entre *condiciones suspensivas y resolutorias*<sup>950</sup>.

La condición suspensiva es aquella “que, mientras no se verifica, suspende la regulación de intereses dispuesta por el negocio, aplazando el momento de su vigencia. Durante la pendencia de la condición, el negocio sometido a ella no engendra aún la nueva situación jurídica que la ley vincula al tipo de negocio a que aquél pertenece, pero puede producir otros efectos, provisionales y preliminares, encaminados a hacer posible el orden de intereses concebidos una vez que la condición se cumpla”<sup>951</sup>.

La condición resolutoria, en cambio, “está destinada a resolver la regulación de intereses prescrita, a hacerla cesar con su realización. Mientras pende una condición tal, el negocio a que afecta produce todos los efectos propios de su tipo, pero no gozan éstas de carácter definitivo

---

<sup>949</sup> Así, se ha señalado por la doctrina que estas pueden ser *potestativas, casuales y mixtas*, según la causa de la que se deriva el acontecimiento que constituye la condición dependa de la voluntad de aquel a quien el cumplimiento de la condición afecta; de circunstancias ajenas a la voluntad de aquel, o de la voluntad de un tercero; o bien de la unión de la voluntad del afectado y un elemento extraño. También se ha indicado que pueden ser clasificadas las condiciones como *negativas y positivas*, según se vertebren o no sobre la modificación o persistencia de la situación de hecho existente al concluir el negocio. Así LACRUZ BERDEJO, J.L., DELGADO ECHEVERRÍA, J., y otros, *Elementos de Derecho Civil I, Volumen Tercero*, op. cit., pag. 213.

<sup>950</sup> *Ibid.*, pag. 212.

<sup>951</sup> BETTI, E., op. cit., pag. 459.

e irrevocable, sino temporal y precario, en cuanto que pueden decaer al verificarse la condición, e imponen a quien se beneficia de ellos un comportamiento conforme a tal precariedad”<sup>952</sup>.

Dicho de un modo acaso más sencillo: “la condición suspensiva demora (...) la producción de los efectos previstos del negocio hasta el momento de su cumplimiento o realización (si ocurre) y la condición resolutoria, por su parte, supone, cuando se verifica, la cesación de los efectos negociales”<sup>953</sup>.

La condición constituye uno de los denominados “elementos accidentales” del negocio jurídico, cuya esencia se deriva directamente del principio de autonomía privada, ya que pueden ser introducidos libremente en el contrato por decisión de las partes, en el ejercicio de su libertad.

Se caracterizan así las condiciones por ser elementos ajenos, en principio, al tipo negocial concreto, a las cuales acuden los celebrantes a fin de limitar o concretar los efectos del mismo de un modo determinado. Su carácter “accidental” proviene precisamente de tal ejercicio de libertad: frente a los elementos esenciales del contrato, esto es, aquellos que no pueden faltar nunca en el mismo para que queda válidamente configurado, los elementos accidentales se caracterizan por no formar parte *a priori* del negocio, sino que su inclusión se debe a la voluntad expresa de los contratantes, siendo, a partir de ese momento, elementos constitutivos del mismo<sup>954</sup>.

Las condiciones en este sentido, y concretamente las condiciones suspensivas y resolutorias, actúan de este modo como elementos cuyo fin es someter las consecuencias o efectos del negocio a su contenido concreto. Cuando se incluyen en un negocio, este en principio queda perfectamente formado, siendo la función de la condición determinar o no su *eficacia*. Esto es: la condición afecta a la eficacia del negocio, pero

---

<sup>952</sup> BETTI, E., *op. cit.*, pag. 459.

<sup>953</sup> LACRUZ BERDEJO, J.L., DELGADO ECHEVERRÍA, J., y otros, *Elementos de Derecho Civil I, Volumen Tercero*, *op. cit.*, pag. 212.

<sup>954</sup> *Ibid.*, pags. 207 y 208.

no a la validez de este<sup>955</sup>.

Teniendo esto en cuenta, parece lógico que tradicionalmente se haya puesto de manifiesto la sutil frontera que separa los negocios aleatorios de los condicionales. El criterio de distinción entre ambos, en apariencia, es claro: en el contrato aleatorio, el riesgo aparece íntimamente unido al contrato, de modo que se convierte en causa de este; en los condicionales, sin embargo, la condición es un elemento independiente y accidental del contrato<sup>956</sup>.

En la práctica, sin embargo, tal criterio de distinción, sumamente abstracto, puede no ser suficiente para dilucidar cuando nos encontramos ante un riesgo que efectivamente constituyó causa del contrato, de una condición suspensiva o resolutoria. Por ello, se ha señalado también como válido criterio de distinción la atención a su incidencia en la *eficacia* del contrato: mientras que en los contratos aleatorios el riesgo no influye en la eficacia del mismo, ya que siempre se producirán sus efectos, quedando simplemente en duda a favor y en contra de quien se producirán, en los condicionales la condición sí determina que el contrato sea o no eficaz<sup>957</sup>.

En definitiva, la subsistencia del contrato depende del cumplimiento o no de la condición en los contratos condicionales, mientras que en los aleatorios solo depende del *alea* el sentido en que el contrato se cumpla. Esto es, determinará la prestación del obligado, de modo que una vez la incertidumbre se concrete, revelará la extensión y cuantía de dicha prestación, así como la identidad del obligado<sup>958</sup>.

---

<sup>955</sup> *Ibid.*, pag. 212.

<sup>956</sup> GUILARTE ZAPATERO, V., *op. cit.*, pag. 328.

<sup>957</sup> En palabras de CASTAN TOBEÑAS, J., *Derecho Civil Español, Común y Foral. Tomo IV, op. cit.*, pag. 647, la distinción “estriba en que en el contrato simplemente condicional depende del acontecimiento incierto que llegue o no el contrato a producir efecto, mientras que en el contrato aleatorio la función de la condición estriba en decidir, no si ha de producir efecto el contrato, sino únicamente cuál ha de ser este efecto. La incertidumbre del contrato aleatorio afecta, no a la subsistencia misma del contrato, sino a la cuantía o existencia de la prestación de cada una de las partes, y, en definitiva, a la pérdida o ganancia que han de obtener éstas del contrato”.

<sup>958</sup> GUILARTE ZAPATERO, V., *op. cit.*, pag. 327.



Todo lo dicho no es una novedad a los efectos de nuestro estudio. Baste recordar como en las primeras aproximaciones al pacto de sobrevivencia se argumentó que el mismo podía constituir una *propietas ad tempus*, sometida a una doble condición a la vez suspensiva y resolutoria, en la que cada uno de los compradores “adquiere una mitad indivisa de la cosa bajo la condición resolutoria de premorir, y la otra mitad, pendiente de la condición suspensiva de sobrevivir. Sobre cada cuota existe una doble titularidad: una, resoluble por estar sometida a una condición resolutoria, y la otra en estado de pendencia, que se traduce en el derecho de adquirir su plena titularidad, sin acto alguno especial, si se cumple el *incertus* de sobrevivir al otro comprador”<sup>959</sup>.

Mediante este planteamiento, se buscará justificar la validez en nuestro ordenamiento de una transmisión sometida a una doble condición resolutoria y suspensiva, de modo que se genere una mera expectativa de derecho, o titularidad condicional<sup>960</sup>.

El derecho sometido a condición resolutoria sería la plena propiedad que corresponde a dos personas, de modo que cada uno adquiere la titularidad de la cuota; y el derecho sometido a condición suspensiva también es la titularidad plena, pero especificando que la titularidad adquirida por cada uno es en este caso un derecho expectante sobre el todo. Es decir: la muerte de uno determina la extinción de su titularidad sobre la cuota que se le atribuyó, y la adquisición del pleno dominio de toda la cosa a favor de quien sobrevive<sup>961</sup>.

---

<sup>959</sup> VALLET DE GOYTISOLO, “La compraventa por mitades...”, *op. cit.*, pag. 718.

<sup>960</sup> Así NUÑEZ IGLESIAS, A., *op. cit.*, pags. 5442 a 5445. En concreto, dicho autor opina que “para que el vendedor desaparezca definitivamente de la escena, hace falta la simultánea y recíproca sujeción a las condiciones resolutoria y suspensiva, y la también simultánea adquisición del derecho actual y del derecho expectante. Así como que el evento futuro (e incierto) que define cada condición sea, como es, el mismo: la premoriencia de uno es a la supervivencia del otro” (*op. cit.*, pag. 5442).

<sup>961</sup> Opina NUÑEZ IGLESIAS, A., *op. cit.*, pag. 5443 y 5444, que la venta celebrada con tal juego de condiciones sería a juicio perfectamente inscribible en el Registro de la Propiedad, en virtud de los artículos 9. 2.ª y 23 de la Ley Hipotecaria, de modo que resulta eficaz frente a terceros desde su inscripción. Posteriormente, cuando el fallecimiento de uno de ellos determinara quien es el sobreviviente, este adquiriría con efectos retroactivos la totalidad del bien, pudiendo inscribirse igualmente en el

Esta construcción del pacto de supervivencia como contrato sometido a doble condición suspensiva y resolutoria presenta el, a mi juicio, insalvable obstáculo del carácter accidental de las condiciones.

Se ha dicho previamente que el riesgo es un elemento causal del contrato aleatorio, de modo que la eficacia del contrato no depende del resultado que conlleve el *alea*, mientras que los negocios condicionales, sean del tipo que sean, se caracterizan precisamente porque la condición es un elemento accidental que sí determina la eficacia o no del contrato.

En consecuencia, no veo por qué acudir a la condición para justificar el contrato, pues simplemente con apelar a su carácter aleatorio parece suficiente, especificando que el riesgo consiste en el fallecimiento de uno o de otro. En este caso, se cumple además que el riesgo es elemento esencial del negocio, y que la eficacia no depende de quién fallezca primero.

Cuestión distinta podría ser que tomemos las referidas condiciones como elementos propios del *alea*, incidiendo en el sentido de que todo contrato aleatorio, realmente, es “condicional”<sup>962</sup>, pues su resultado está necesitado de determinación (de un modo más o menos amplio) en función del *alea*. Pero en cualquier caso estaríamos hablando de un contrato aleatorio.

A modo de resumen, considero tras todo lo contemplado que debe anteponerse la opción del contrato aleatorio sobre la compraventa condicional por dos motivos:

En primer lugar, considero como acertada la tesis dualista de la compraventa con pacto de supervivencia, de modo que se descubren dos negocios jurídicos independientes, aunque unidos por el nexo común de la cosa adquirida, sin que el vendedor sea partícipe del otorgamiento y contenido del pacto. En tal sentido, he defendido que, fuera de

---

Registro de la Propiedad su derecho en virtud del citado artículo 23 de la Ley Hipotecaria, para lo que bastaría una nota marginal.

<sup>962</sup> En este sentido, CASTAN TOBEÑAS, J., *Derecho Civil Español, Común y Foral*, Tomo IV, *op. cit.*, pag. 647.

Cataluña, no veo obstáculo a que el pacto se otorgue en un momento posterior a la adquisición, e incluso en momentos diferentes por cada uno de los otorgantes, quedando condicionada en este último caso la validez del pacto a su posterior otorgamiento por la segunda parte.

El segundo argumento que podemos emplear para defender el contrato aleatorio es la distinción antes expuesta entre los contratos aleatorios y los condicionales. Se ha dicho que en los aleatorios, el *alea* es causa misma del contrato, y que de este modo no determina la validez o no del contrato, pues siempre, en un sentido o en otro, va a ser válido, así como que su misma inclusión es parte esencial del contrato.

Por contra, la condición es siempre un elemento accidental del contrato, y como tal prescindible, pero que sí condiciona la eficacia del negocio jurídico en que se inserta.

En el pacto de supervivencia, es obvio que el hecho de sobrevivir uno al otro no es un mero añadido que acuerdan las partes, sino el motivo mismo de su otorgamiento. Igualmente parece probado que la eficacia de dicho pacto no queda pendiente del fallecimiento de uno u otro, pues tal fallecimiento, salvo caso de conmorienencia, no determina la eficacia, sino la consumación del pacto.

Por ello, mi parecer es que, de acuerdo con la naturaleza y fin del pacto, así como con los motivos que llevan a su otorgamiento, lo oportuno y correcto es optar por su consideración como contrato aleatorio, y no como si fuera una adquisición condicional<sup>963</sup>.

---

<sup>963</sup> NUÑEZ IGLESIAS, A., *op. cit.*, pag. 5445. A esta conclusión llega al entender que no estaríamos en el supuesto planteado ni ante un pacto sucesorio, pues la adquisición definitiva no se produce por disposición del premuerto, sino que se adquiere del vendedor; ni ante una transmisión *mortis causa*, por su carácter esencialmente revocable; ni ante un negocio gratuito. El pacto de supervivencia quedaría constituido como un pacto aleatorio, y por ello oneroso, que “tiñe de aleatoriedad a todo el contrato, en el que cada adquirente arriesga la pérdida de su mitad contra la posibilidad de ganar la del otro, y el riesgo de ambos es, en principio, equivalente”.

### 3.3.4. Configuración del contrato. Normativa aplicable

#### 3.3.4.1. Presupuestos y contenido del pacto de supervivencia

Una vez aceptada la concreción del pacto de supervivencia como un contrato oneroso y aleatorio, resta ahora precisar el contenido y los efectos del mismo<sup>964</sup>.

En todo contrato deben aparecer unos requisitos previos que determinen su válida composición<sup>965</sup>; un contenido que le dote de identidad y trascendencia jurídica; y unos efectos directamente vinculados con ese contenido, como consecuencia voluntaria de los mismos.

Al constituir el pacto de supervivencia un contrato atípico, huelga decir que carece de una reglamentación precisa. Como recordaremos, la doctrina ha expuesto que los contratos atípicos deben regirse por las normas legales de carácter imperativo, por lo estipulado por las partes y por las normas de Derecho supletorio aplicables a los contratos en general. En caso de que aún así no se agoten las lagunas existentes, habrá que acudir a la teoría de la absorción, combinación o aplicación analógica, a fin cubrir esos vacíos<sup>966</sup>.

---

<sup>964</sup> DIEZ-PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*. Tomo I, *op. cit.*, pag. 422. Previene con acertada claridad sobre el distinto alcance de ambos conceptos. Mientras el contenido del contrato hace referencia a la composición misma de este, a su sustancia más íntima, la eficacia se concibe como una consecuencia de aquel, posterior y derivada del mismo.

<sup>965</sup> *Ibidem*. Los presupuestos del contrato aparecen como aquellas situaciones que el ordenamiento exige como necesarias para que este se celebre con plena eficacia y validez. Estos presupuestos del contrato tienen un alcance subjetivo, objetivo, y formal.

<sup>966</sup> DIEZ-PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, Tomo I, *op. cit.*, pag. 491 a 494, y ALBALADEJO GARCIA, M., *Derecho Civil II*, *op. cit.*, pag. 421. En caso de que los tres citados ámbitos reguladores no cubran las posibles consecuencias normativas del contrato celebrado, la doctrina ha desarrollado tres teorías para dar solución a este problema: la teoría de la *absorción*, que busca equiparar el contrato atípico a uno típico, indagando en lo preponderante de aquel, a fin de aplicar la regulación de este último en conjunto; la teoría de la *combinación*, que pretende tomar de los distintos contratos típicos aquellos elementos que conforman el atípico, según como concurren en la formación de este; y, finalmente, la teoría de la *aplicación analógica*, que defiende someter el contrato atípico a la regulación que se derive de los principios generales del Derecho, a través de la aplicación por analogía de lo establecido en la ley para otros contratos, así como para los contratos en general y las obligaciones.

Habiendo encuadrado el pacto de supervivencia entre los contratos aleatorios, parece lógico en primer lugar centrar nuestra atención en la regulación que el Código Civil proporciona sobre los mismos.

Los contratos aleatorios o de suerte aparecen regulados en los artículos 1.790 al 1.808. El artículo 1.790 define el contrato aleatorio de un modo que no ha estado exento de críticas, pues buena parte de la doctrina ha resaltado que parece confundir estos contratos con los condicionales<sup>967</sup>:

*Por el contrato aleatorio, una de las partes, o ambas recíprocamente, se obligan a dar o hacer alguna cosa en equivalencia de lo que la otra parte ha de dar o hacer para el caso de un acontecimiento incierto, o que ha de ocurrir en tiempo indeterminado.*

A continuación, establece y regula como contratos aleatorios el de alimentos, el juego y la apuesta, y la renta vitalicia. Dicha enumeración no debe entenderse como un *numerus clausus*, de modo que es posible la aparición de otros contratos aleatorios no tipificados en el Código Civil, que resultarán por ello atípicos, en base al principio de autonomía de la voluntad establecido en el artículo 1255, en virtud del cual introducimos el pacto de supervivencia.

Por lo demás, carece de normas genéricas aplicables a los contratos aleatorios en general, por lo que deberemos dirigirnos a las normas genéricas sobre contratos, contenidas en el Código Civil<sup>968</sup>.

No parece en consecuencia el marco previsto por el Código Civil para el desarrollo de los contratos aleatorios demasiado exigente, pues

---

No obstante, puede ocurrir que incluso estas teorías resulten insuficientes, caso de los contratos netamente atípicos. No cabría entonces sino acudir a los usos sociales, la jurisprudencia del Supremo y la doctrina, como fuentes supletorias.

<sup>967</sup> Véase por todos GUILARTE ZAPATERO, V., *op. cit.*, pags. 323 y 324.

<sup>968</sup> Toda vez que, según he indicado, defiendo la tesis dualista, de modo que el contrato adquisitivo previo, sea el que sea, se regirá por sus propias disposiciones.

carece prácticamente de normas genéricas propias que los diferencien del resto de los contratos.

Por ello, gozamos de un amplio margen de maniobra a la hora de concretar el preciso contenido del negocio que nos proponemos construir. Para ello, debemos diferenciar la finalidad concreta perseguida, esto es, la vinculación final de la cosa adquirida a la supervivencia de uno de los contratantes, de los mecanismos configurados para salvaguardarla.

Esto es: al igual que ocurre con la institución catalana, tenemos por un lado la finalidad perseguida por los celebrantes (que el superviviente se convierta en definitivo y único propietario), y por otro los concretos medios accesorios de que han de dotarse estos para asegurar este fin.

Acaso sea en esta materia donde la línea divisoria existente entre las adquisiciones onerosas con pacto de supervivencia catalanas y las que puedan pactarse con sede en Derecho civil común, en virtud del principio de autonomía privada, es más perceptible.

En efecto, allí donde el artículo 231-15.2 delimita las reglas por las que los bienes adquiridos con pacto de supervivencia deben regirse, en el caso que aquí proponemos estas deben quedar al arbitrio de las partes, que deberán desarrollar una mayor labor de precisión.

Previamente defendí que las normas que regulan la comunidad surgida de las adquisiciones onerosas con pacto de supervivencia catalanas tienen un carácter instrumental, cuyo fin es asegurar del mejor modo posible la finalidad perseguida. De este modo, la obligación de mantener indivisa la propiedad, no enajenarla o no someterla a gravamen de forma individual, no hacen sino tutelar el propósito reflejado en el pacto.

En el caso que ahora nos ocupa, los celebrantes deberían acudir a formulas semejantes a las contenidas en el reiterado artículo 231-15 del Código Civil de Cataluña, incluso mediante una remisión expresa a su contenido, a fin de concretar el modo en que ha de desarrollarse la vida de la especial comunidad surgida del pacto. Pero, desde luego, podría

darse el caso de que no tomaran previsión alguna.

En consecuencia, dos son las situaciones que podríamos encontrar:

Que los otorgantes se muestren preocupados por regular la situación de copropiedad, fijando en el contrato las reglas precisas por las que quieren que la comunidad se rija, en cuyo caso se pasará por ellas, y únicamente en lo no previsto se acudirá a las normas del Código Civil sobre comunidad de bienes.

Que únicamente se refleje en el contrato la voluntad de que el superviviente se constituya en propietario de la totalidad de lo adquirido. En este caso, igualmente se aplicarán las normas sobre comunidad de bienes, si bien teniendo en cuenta la finalidad del contrato celebrado.

En este sentido, cualquier acto que implique una disposición de la participación de cualquiera de los otorgantes, supondrá un incumplimiento directo del contrato en el marco de lo establecido en el artículo 1124 del Código Civil, sin que realmente sea necesario fijar unos límites precisos para el mantenimiento de la comunidad, pues la *esencia del contrato aleatorio* es mantener la propiedad indivisa entre ambos otorgantes, a fin de verificar, en atención al *alea* pactado, esto es, el fallecimiento de uno de ellos, quien resulta único propietario.

Igualmente, cualquier acto de disposición por parte de uno de los adquirentes sin contar con el consentimiento del otro, pues siempre cabe la posibilidad de enajenar la cuota adquirida por uno junto con la expectativa adquirida a través del pacto, necesariamente implicará un incumplimiento esencial del previo contrato aleatorio, de conformidad con reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo<sup>969</sup>.

---

<sup>969</sup> La reciente Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de noviembre de 2013 clarifica los criterios de distinción entre incumplimiento prestacional y esencial, al considerar que mientras el incumplimiento prestacional queda limitado al plano de los incumplimientos de los deberes contractuales, cifrándose su ponderación en el alcance del desajuste o falta de ejecución, observado objetivamente desde el programa prestacional establecido; *el incumplimiento esencial se centra primordialmente (...), en la coordinada satisfactiva del cumplimiento y, en consecuencia, no tanto en la exactitud o ajuste de la prestación realizada, sino en la perspectiva satisfactiva del interés del acreedor que informó o justificó la celebración del contrato; de forma que su valoración e*

No quiero con ello significar que no sea oportuno regular por las partes las particulares condiciones en que debe mantenerse la copropiedad hasta que se consuma el contrato; lo que quiero decir es que, de faltar estas, no se está tolerando tácitamente que cada uno pueda hacer con su cuota de propiedad lo que quiera, sino que la necesidad de mantener el condominio incólume es inherente a la propia naturaleza del pacto aleatorio estudiado, dando pie su incumplimiento unilateral a la satisfacción del derecho vulnerado a la otra parte.

Como consecuencia de todo lo dicho, podemos concluir que el contenido del pacto de supervivencia queda configurado en dos niveles distintos:

Un primer nivel, esencial, que consiste en el compromiso de ambos adquirentes de adjudicar al más viviente de los dos la plena propiedad de la cosa adquirida.

Un segundo nivel, instrumental, cuya función es asegurar que la finalidad perseguida se cumpla. En este nivel se encuentra el compromiso de no disponer de la parte que a cada uno le corresponda, a fin de salvaguardar dicha finalidad, bien con remisión expresa a las concretas normas constituidas por los otorgantes, bien a partir de la remisión a la naturaleza esencial del pacto, contraria a cualquier acto de disposición que ponga en peligro la finalidad del mismo.

#### **3.3.4.2. Efectos del pacto de supervivencia**

A fin de no volver a reiterar lo ya señalado previamente en cuanto a los efectos del pacto, me limitaré aquí a destacar aquello que implique algún tipo de distinción respecto de lo que ya se ha dicho.

El pacto de supervivencia como negocio oneroso y aleatorio, tan

---

*interpretación en el fenómeno contractual se amplía al plano causal del contrato y a su peculiar instrumentación técnica a través de la base de negocio, de la causa concreta del mismo o a la naturaleza y caracterización básica del tipo negocial llevado a la práctica. Aún más, se señala que como proyección del presupuesto causal que informa su régimen, y conforme a su moderna formulación en los textos de referencia, el incumplimiento esencial también se proyecta como una valoración o ponderación de la idoneidad de los resultados, beneficios o utilidades que lógicamente cabía esperar de la naturaleza y características del contrato celebrado.*



pronto como se determine el fallecimiento de uno de los celebrantes, dará lugar a que la cuota del premuerto acrezca a favor del superviviente, sin transitar por su caudal hereditario. Es decir: constituye un negocio *inter vivos*, en el que al estar el riesgo o *alea* identificado con la defunción de uno de los otorgantes, la producción de esta determina la consumación y eficacia del contrato.

En consecuencia, el principal efecto sería la exclusión del bien sujeto al mismo de la herencia del otorgante premuerto. Entraría el pacto de supervivencia así entendido dentro de la categoría de los contratos *inter vivos* con eficacia *post mortem*, de modo que el fallecimiento quedaría configurado como un requisito de eficacia del negocio jurídico, pero no como un elemento causal del mismo<sup>970</sup>.

En este sentido, la adquisición del pleno dominio sobre la totalidad de la cosa por el superviviente se debería no tanto al hecho en sí del fallecimiento, cuanto a la constatación del cumplimiento del *alea* pactado previamente, y que determina la consumación del contrato, independientemente de que este se derive del fallecimiento de una de las partes.

Podríamos encontrar respaldo a esta postura en el artículo 659 del C.C., pues al indicar que *la herencia comprende todos los bienes, derechos y obligaciones de una persona, que no se **extingan** por su muerte*, da pie a que consideremos que, bajo esta fórmula, el fallecimiento extingue el derecho del cónyuge difunto, impidiendo así su atribución al caudal hereditario.

Respalda esta tesis la ya estudiada resolución de la Dirección General de Registros y del Notariado, de fecha 19 de Mayo de 1917, según la cual:

*La constitución de un derecho real sobre bienes determinados en consideración a la supervivencia es un convenio entre vivos, cuyos desarrollos propios se encuentran en el derecho de contratación y en el de cosas, sin que la entrega del objeto o goce de una facultad post*

---

<sup>970</sup> Vid *supra* apartado III, subapartado 1.2 de este mismo capítulo.

*mortem sea más que una mera modalidad del convenio, nunca bastante para desnaturalizar el carácter de actos entre vivos.*

En consecuencia, el efecto principal del pacto supondría la transmisión de la participación del premuerto a favor del superviviente, en concepto de transmisión *inter vivos*<sup>971</sup>, fuera en consecuencia de cualquier imputación al caudal hereditario.

Desde el punto de vista fiscal, quedaría simplemente por determinar si nos encontramos ante una transmisión sujeta al Impuesto de Transmisiones Patrimoniales, o bien simplemente al de Actos Jurídicos Documentados, al entrañar realmente el efecto principal del pacto en una disolución de condominio, más que una transmisión de cuota.

Desde mi punto de vista, esta segunda opción debería ser la aplicable, pues de lo que se trata realmente es de redistribuir las cuotas de propiedad, recayendo en este caso el pleno dominio en un solo sujeto. De ello se derivarían indudables ventajas a fin de incentivar el uso de este instrumento, pues no sólo el tipo aplicable es más bajo (en la Comunidad de Madrid, a día de hoy, el 0,75% respecto del valor total del bien, frente al 6% de la participación transmitida), sino que al tributar como extinción de condominio, la adquisición no estaría sujeta al pago de la tasa sobre el incremento de valor de los bienes de naturaleza urbana (plusvalía municipal).

En consecuencia, los contratantes afrontarían en el momento de adquirir la cosa sujeta al pacto la liquidación del Impuesto de Transmisiones Patrimoniales sobre la totalidad del valor del bien adquirido. Y posteriormente, cuando el fallecimiento de uno de ellos se verifique, deberían liquidar en concepto de actos jurídicos documentados, por la disolución del condominio.

---

<sup>971</sup> *Vid Supra*, en este mismo capítulo, apartado III, subapartado 1.2, donde se ha tratado la distinción entre los negocios jurídicos *mortis causa* y los negocios *inter vivos* con eficacia *post mortem*.

#### **IV. Concreción de la naturaleza del pacto de supervivencia**

En definitiva, tras lo expuesto se puede afirmar que tanto bajo la forma del pacto sucesorio, pese a los obstáculos analizados, como del contrato aleatorio, como incluso de la donación de bienes futuros entre cónyuges, es posible otorgar, tras una adquisición onerosa cualquiera, un pacto similar al de supervivencia catalán.

No obstante, determinar la naturaleza concreta del pacto de supervivencia en cada caso particular, dado que se trata de una institución no tipificada en el Derecho civil común, al contrario de lo que ocurre en el Derecho catalán, puede resultar verdaderamente conflictivo.

Para ello, en primer lugar, habrá que atender a los fórmula empleada por los propios otorgantes, quienes podrían preocuparse en este momento de especificar el carácter preciso que otorgan al pacto, de acuerdo con la finalidad que les guía, según que opten por una fórmula u otra. De obrar así, quedaría precisada en el título correspondiente la calificación jurídica que pretenden otorgar al contrato que están celebrando. Esto es: si se trata de un negocio oneroso y aleatorio, o bien de un pacto sucesorio, o una donación entre cónyuges. Al obrar de este modo, la causa del contrato queda clarificada, y, al menos en lo que a ellos respecta, despejada su intención.

Lo dicho se entiende, por supuesto, dejando a salvo que, al igual que cualquier otro negocio jurídico, el pacto así definido pueda ser usado para encubrir otro negocio jurídico distinto (se nos ocurre, fundamentalmente, una donación fuera del caso incluido), lo que supondría la existencia de una causa falsa, con las consecuencias jurídicas habituales para estos casos, de acuerdo con el 1.276 del Código Civil.

Ahora bien, ¿qué ocurriría si los otorgantes no indican nada más que su voluntad de que el superviviente se haga con la totalidad de la cosa adquirida? Es decir, si únicamente se emplean formulas, al estilo

del pacto de supervivencia catalán, tales como *adquieren por mitad y para el que de ellos sobreviva*, sin entrar a precisar bajo qué vestidura jurídica.

En este caso, la clara atipicidad del pacto de supervivencia en el derecho civil común aumentaría la dificultad de dar una respuesta satisfactoria, pues no sólo nos encontraríamos ante una fórmula extraña al derecho, como es la cláusula habitual del pacto de supervivencia de Cataluña, sino que las dos soluciones propuestas más indicadas son, a su vez, atípicas también, pues las construcciones que mejor se ajustan son bien un supuesto de sucesión contractual, cuyos contornos jurídicos no aparecen siquiera en el Código Civil, siendo la base de su aceptación la jurisprudencia del Tribunal Supremo, o bien un tipo de contrato aleatorio, tampoco contemplado directamente en el Código Civil.

Establecida pues esta atipicidad, considero que lo más pertinente es acudir a la teoría de la causa, para determinar qué tipo jurídico es el que mejor se amolda al pacto de supervivencia. Y es que la búsqueda de la calificación jurídica adecuada para una figura contractual cuyos márgenes y efectos aparecen tan difuminados o, al menos, son tan confusos como la que aquí nos ocupa, debe llevarnos necesariamente al estudio de la causa del contrato, ya que la eficacia del contrato depende, lógicamente, de su naturaleza específica, y la búsqueda de esa naturaleza nos lleva a interrogarnos sobre la causa que motivó su celebración.

Antes de entrar propiamente en esta materia, acaso se deba atender a otro interrogante, íntimamente relacionado con lo que estamos tratando: ¿es tan importante encuadrar el pacto de supervivencia en uno de los dos modelos que hemos ofrecido? El Tribunal Supremo, en sentencia de 18 de noviembre de 1980, se mostró contrario a forzar las categorías y tratar de encajar a toda costa los contratos atípicos dentro de los tipos ya existentes:

Cuando una relación obligatoria contractual contiene suficientemente los requisitos que el ordenamiento jurídico civil exige para la validez y producción de efectos (art. 1261 del Código Civil) no hay necesidad de esforzarse en seguir los viejos cauces del método dogmático e intentar encajar, más o menos a fortiori, el pacto o convenio en cuestión en los tipos contractuales civiles perfilados en las leyes, ya que (salvo que proceda la analogía ex artículo 4 del Código Civil, como función integradora del Juez), sobre no aparecer en ningún lugar normativo esa exigencia asimiladora, bastará con que el intérprete y juzgador se atenga a lo estipulado – si ello es lícito conforme al artículo 1255 del Código Civil – y sancione ex officio iudex sus naturales consecuencias en orden a la eficacia y efectos (artículo 1258 del Código Civil) de lo acordado libremente por obra de la autonomía de la voluntad, ya que lo que importa no es el nomen iuris, sino la licitud, validez y eficacia del contrato – en conjunción con los intereses en juego – sea más o menos típico, atípico, simple o complejo, siempre, naturalmente, que sus cláusulas contengan las suficientes especificaciones para su cumplimiento.

Lo que ocurre en nuestro caso, sin embargo, es que de incluirse en un contrato la simple fórmula que hemos indicado, sin más detalles, vemos que no contiene esas *suficientes especificaciones* que determinan la *licitud, validez y eficacia del contrato*. Es más, dado el vacío que conlleva el simple uso de la fórmula planteada, sí es importante, por vía de la causa, encuadrar el pacto de supervivencia en una figura u otra, pues sus efectos, tanto jurídicos y como fiscales, van a ser muy diferentes según estemos ante una transmisión *inter vivos* y onerosa o *mortis causa* y gratuita.

A través del estudio de la causa buscamos, en definitiva, encuadrar eficazmente el pacto de supervivencia en una u otra categoría, a fin de determinar sus efectos, que son, precisamente, la parte menos clara del pacto, siendo la más importante. Y esto es así porque resultan muy diferentes en un caso y otro.

Si consideramos el pacto de supervivencia como un **contrato sucesorio**, nos veremos forzados a situarnos en el ámbito de las transmisiones *mortis causa*, con lo que se abre todo un abanico de efectos importantes que hemos de considerar, siendo acaso el más relevante la existencia de herederos forzosos. Los posibles perjuicios que se puedan producir en las legítimas de dichos herederos forzosos; las reducciones por inoficiosidad, así como el carácter gratuito de la transmisión y, por otro lado, su vinculación al tipo impositivo correspondiente (Impuesto de Sucesiones), son cuestiones que dependen directamente de la naturaleza *mortis causa* de la institución.

Por el contrario, de entender que estamos ante un **contrato aleatorio**, no habría por qué preocuparse de las posibles incidencias en el caudal hereditario, pues el bien adquirido jamás formaría parte del mismo, y su trascendencia fiscal quedaría limitada a establecer el tipo al que ajustarse, que, en mi opinión, sería el Impuesto de Actos Jurídicos Documentados, como extinción de condominio.

En consecuencia, únicamente mediante el estudio de la causa en cada pacto en particular podremos determinar la naturaleza concreta de este negocio. La jurisprudencia del propio Tribunal Supremo secunda esta tesis, pues en sentencia de 10 de junio de 1929, manifestó la trascendencia de la determinación de la causa en este tipo de contratos:

*Cuando se trata de contratos que no tienen encaje en el molde de los definidos en las leyes, es preciso acudir para su calificación, antes que al nombre que ellas partes le hayan dado, al espíritu que les informa y objeto que se propusieron aquellas, debiendo prevalecer su intención sobre todo elemento interpretativo, cuando ésta se deduce racional y lógicamente.*

Con este planteamiento, volvemos al mismo terreno donde comenzamos el presente trabajo, cuando constatábamos la polémica

existente al intentar definir la naturaleza jurídica de un pacto de supervivencia sobre el que aún no se había legislado. Y es que el marco en que nos encontramos ahora es el mismo, pues se trata de determinar cuál es realmente la voluntad de las partes al otorgar el pacto. Si lo que persiguen es beneficiarse el uno al otro, de modo que, tras el fallecimiento del primero el superviviente quede en la mejor situación posible, tratando de protegerse y beneficiarse mutuamente, a la fuerza hemos de concluir que nos encontramos ante un acto de liberalidad, que cuadra perfectamente con el pacto sucesorio.

Si, por el contrario, entendemos que lo que persiguen los otorgantes es aumentar su patrimonio con la cuota del premuerto, de modo que lo que motiva a ambos no es otra cosa que poder resultar favorecidos con ese acrecimiento, entonces estaremos sin duda ante un contrato oneroso y aleatorio.

Ya se ha dicho que ambas fórmulas podrían ser igualmente válidas y correctas, según se ajusten, lógicamente, a una u otra causa.

Diferente es que, dado lo especial del marco en que produce el pacto de supervivencia sus efectos, entendamos que la modalidad de contrato aleatorio pueda acarrear más problemas en la práctica.

Pensemos, simplemente, en aquella situación que da lugar al pacto de supervivencia catalán: un matrimonio decide otorgar el pacto tras una compraventa, normalmente la vivienda que constituirá el domicilio familiar. Ambos tienen hijos en común. Pensemos que, tras el fallecimiento de uno de ellos, su mitad (si es que tal era su cuota, que debería ser lo más usual, pero que no es aquí un requisito imprescindible) pasa al otro en virtud de dicho contrato aleatorio, de tal modo que el que los herederos pensaban era el principal bien del caudal hereditario se evapora, dejando poco más. ¿Cómo reaccionarán estos herederos? Indudablemente, su reacción dependerá de la relación existente entre el progenitor superviviente y sus hijos, pero, dado que lo que aquí nos interesa es estudiar el conflicto, ¿no podrían entender estos que tal pacto significa un fraude a sus derechos hereditarios?

Realmente, el problema que estamos planteando es reconocer que el pacto de supervivencia, como contrato oneroso y aleatorio, puede ser considerado como una herramienta que los otorgantes emplearon para eludir la inclusión de la cuota del premuerto en su herencia, evitando su adjudicación a los correspondientes herederos forzosos.

En consecuencia, ¿habría fundamento real para impugnar el pacto al amparo del artículo 6.4 del Código Civil, que considera producidos en fraude de ley *los actos realizados al amparo del texto de una norma que persigan un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico, o contrario a él*, siendo el resultado la aplicación de la norma que se trata de evitar?

Me asaltan dudas. Y es que mientras opinemos que el carácter oneroso de este tipo de operaciones jurídicas es, cuando menos, cuestionable, por cuanto el riesgo que se asume es, realmente, un riesgo ficticio para el que lo asume, ya que se está renunciando a algo cuya pérdida nunca se va a sufrir realmente por el propio contratante, pues el fallecimiento, que nos impide ser sujetos de derecho, nos impide realmente todo tipo de disfrute y aprovechamiento, siendo su trascendencia efectiva entre los otorgantes únicamente el acrecimiento a favor del sobreviviente, con lo que las consecuencias negativas del riesgo asumido, más que sobre estos otorgantes, sobre quienes recae y a quienes realmente va a afectar será a sus herederos, que nada han tenido que ver con el pacto y que se van a encontrar en esa situación que implica una reducción significativa del que ellos pensaban iba a ser su haber hereditario, y sin recibir contraprestación alguna por la pérdida sufrida.

En definitiva: el sacrificio una vez se ha producido la muerte, realmente no es tal sacrificio. Y la contraprestación, como tal, no existe de cara a computarse en el haber hereditario.

En este sentido, existe una gran diferencia entre el pacto de supervivencia y otros contratos aleatorios, como la renta vitalicia o el contrato de alimentos, pues mientras que en virtud de estos el beneficiario dispone de un determinado bien (generalmente inmueble) a



favor de quien le está prestando una renta o un servicio real de alimentos mientras vive, en el pacto de supervivencia únicamente se aparece una expectativa a adquirir la titularidad de un bien en exclusiva, con lo que, repetimos, *en vida* del otorgante premuerto el pacto no le va a reportar beneficio alguno, ni tampoco pérdida. La diferencia con el seguro de vida también resulta evidente.

Toda esta problemática con los herederos, por supuesto, no aparece, o aparece matizada, a través del pacto sucesorio, dadas las garantías que el ordenamiento jurídico ha dispuesto a favor de los herederos. Ciertamente es que, en este caso, al tener que respetarse la intangibilidad de las legítimas, podría resultar que, de ser el patrimonio principal del causante esa cuota sujeta al pacto, el sobreviviente debiera ver significativamente reducida su asignación, o bien deba endeudarse para poder satisfacer a los herederos. Pero tales “inconvenientes” se verían compensados por la certeza de las actuaciones a emprender, tanto de cada al superviviente como a los propios herederos. No habría dudas en cuanto a la interpretación, sino, en todo caso, en cuanto a la valoración (que es lo habitual en la formación de los inventarios propios de las herencias).

Por todo lo dicho, me parece ventajosa la opción de la sucesión contractual, ya que, al reconocerse abiertamente su carácter sucesorio, se evita cualquier suspicacia con los legitimarios, que no verán peligrar su legítima, pues la disposición podría reducirse por inoficiosa.

Desde el punto de vista fiscal, además, esta opción podría ser mucho más ventajosa para los otorgantes que la transmisión quede sujeta al Impuesto de Sucesiones que al de Trasmisiones Patrimoniales, según la normativa fiscal de cada Comunidad Autónoma. Si partimos del modelo clásico, esto es, el matrimonio que acuerda el pacto de supervivencia tras la compraventa de una vivienda, y lo planteamos en la comunidad de Madrid, de acuerdo con el artículo 3 cinco 1 de la Ley de Medidas Fiscales y Administrativas de dicha Comunidad, a los otorgantes se les aplicaría la bonificación de la reducción del 99% en su

cuota tributaria por adquisiciones *mortis causa*, con lo que prácticamente quedaría el adquirente libre de pago.

Caso diferente, por supuesto, es si los otorgantes son extraños, pues no recibirían beneficio alguno y quedarían sujetos a una base mucho mayor que por transmisiones patrimoniales (en Madrid, por continuar con el ejemplo, el 6% para transmisiones onerosas).

El principal obstáculo para esta alternativa es la ya examinada reticencia a admitir el contrato sucesorio. Sin embargo, la contradictoria jurisprudencia del Tribunal Supremo en este sentido parece dejar una puerta abierta a su posibilidad, tal y como se a visto.

Desde el punto de visto del contrato aleatorio, ya he dicho comentado que el mayor problema que planta desde un punto de vista práctico es su atacabilidad como fraude de cara a los herederos por encubrir una donación o un pacto sucesorio, que forzosamente han de ser llevados a colación. Su indudable ventaja: que de ser aceptada se evitaría su paso por la herencia, con lo que se podría beneficiar al sobreviviente sin tener en cuenta las limitaciones de la sucesión hereditaria, y que su trato fiscal podría resultar mucho más favorable según qué comunidad.

En cuanto a la posible trascendencia práctica del uso del pacto de sobrevivencia en el tráfico jurídico, me parece bastante remota. Las garantías ya existentes entre los cónyuges, quienes por la vía del testamento pueden disponer bien del tercio de libre disposición de su herencia el uno a favor del otro y de la cuota legal usufructuaria, bien, por aplicación de la *cautela socini*, del usufructo universal de la totalidad de la herencia, gozan de un instrumento que cuenta con una de una mayor protección y aceptación legal. Someter una adquisición a un pacto de supervivencia acarrearía, por el contrario, con el riesgo de dejar la adquisición de la participación indivisa de una finca adquirida por ambos bien al arbitrio de los tribunales, en caso de conflicto con lo insatisfechos herederos, bien a los variables criterios de los órganos de

recaudación tributaria.

**CAPÍTULO SÉPTIMO**  
**CONCLUSIONES EXTRAIDAS A RAIZ**  
**DEL PRESENTE TRABAJO**

**I. Conclusiones derivadas del estudio de las adquisiciones onerosas con pacto de supervivencia en el Derecho Civil catalán**

**1.-** Podemos rastrear el origen de las adquisiciones onerosas con pacto de supervivencia, como base de la institución actual, en las compraventas con pacto de sobrevivencia que se desarrollaron, a partir de la práctica consuetudinaria y notarial, en determinadas regiones de Cataluña desde, al menos, la segunda mitad del siglo XIX.

**2.-** La discutida naturaleza jurídica del pacto de supervivencia, indudable fuente de la mayor parte de los problemas relacionados con esta institución, merece diversa consideración, según atendamos a su consideración en la fase *pre* o *post* legislativa.

**3.-** Durante la fase *pre legislativa*, o consuetudinaria, aparece un fluctuar de opiniones contradictorias, absolutamente inarmónicas entre sí (tesis unitaria y dualista, fideicomiso contractual, contrato oneroso y aleatorio, pacto capitular, donación *mortis causa*, pacto sucesorio), pero que atienden a un fin práctico semejante: la materialización de la totalidad del dominio en el cónyuge supérstite, a partir de una adquisición conjunta y por partes iguales. En esta primera fase adquiere especial relevancia la figura de VALLET DE GOYTISOLO, principal estudioso de la misma, cuya influencia se extiende hasta el día de hoy.

**4.-** A VALLET DE GOYTISOLO debemos el debate relativo a la naturaleza unitaria o dualista de la compraventa con pacto de

supervivencia; la disputa sobre la concreta naturaleza jurídica de la institución; y el polémico apunte sobre la necesidad de imputar la cuota del premuerto en su herencia, a efectos del cálculo de las legítimas.

**5.-** La fase *post legislativa* aparece indeleblemente marcada por el texto normativo que contiene la primera regulación efectuada sobre la institución, la Compilación de Derecho Civil Especial de Cataluña, en sus artículos 61 y 62. Pese a los sucesivos cambios que dicha regulación ha padecido, bien bajo la forma de reformas del texto de la Compilación, bien bajo la aparición de nuevos cuerpos articulados (Código de Familia, Código Civil de Cataluña), los principales elementos conflictivos (régimen económico matrimonial; adquisición conjunta y por cuotas iguales; incompatibilidad con el heredamiento; cómputo en la herencia a los efectos del cálculo de la legítima e imputación a la cuarta vidual) se dan cita en este primer texto normativo, indudable origen de la institución *tal y como la conocemos* hoy en día.

**6.-** La evolución subjetiva del pacto de supervivencia, desde los matrimonios sujetos al régimen de separación de bienes, a los matrimonios regidos por cualquiera de los sistemas que contempla hoy en día el Código Civil de Cataluña, e incluso a las parejas de hecho, expone con claridad el cambio de mentalidad experimentado por el legislador al atender a esta institución, si bien siempre dentro de los límites de su reiterada naturaleza familiar (de acuerdo con lo establecido en el preámbulo del referido texto normativo). Si en sus orígenes la institución surgió como un medio para corregir los excesos derivados del régimen de separación de bienes a finales del siglo XIX y durante la primera mitad del XX, a día de hoy tal preocupación ha desaparecido, siendo sustituida por su consideración como mecanismo a favor de la estabilidad patrimonial del matrimonio o la pareja.

**7.-** La controvertida naturaleza de la comunidad surgida del pacto de supervivencia debe ser estudiada prestando especial atención al

momento histórico-legislativo. Si durante la primera fase, previa a su positivación, la disputa se mantuvo en un plano meramente doctrinal, con escasa repercusión práctica, la entrada en vigor de la Compilación, con su referencia a cuotas iguales, pareció decantar la balanza a favor de la comunidad romana, si bien con la anormal limitación de la indivisión. Tal desajuste dio pie a múltiples interpretaciones y críticas, cuyo momento culminante aparece sin duda con el artículo 231-15.1 del Código Civil de Cataluña, en el que se elimina toda mención a cuotas. Sin embargo, cuando todo parecía indicar que el legislador se había decidido por fin a resolver la largamente planteada polémica, dando un decisivo paso a favor de la comunidad germánica (artículo 231-15.1 y 231.18.2, especialmente), ya sea por desidia, ya por ánimo de mantener la ambigüedad, la mención a las “partes” contenida en los artículos 231-17 y 231-18.1.c aviva los pasados resquemores.

**8.-** No obstante lo previamente expuesto, en mi opinión el cambio de redacción experimentado únicamente puede ser interpretado como un intento por parte del legislador de eliminar toda referencia a cuotas, y, en consecuencia, de afirmar la naturaleza germánica de la comunidad surgida del pacto. En este sentido, me parece poco justificable interpretar que el cambio en la redacción del 231-15.1 obedezca al propósito de hacer posible que se adquiriera con pacto de supervivencia en cuotas desiguales. Debo admitir, sin embargo, que esta línea interpretativa casa muy bien con la definición del pacto de supervivencia como negocio gratuito, pues uno de los otorgantes podría disponer a favor del otro de más que su pareja, sin que esto supusiera ningún obstáculo, al constituir una doble atribución gratuita. Por el contrario, si las cuotas fueran desiguales en un negocio oneroso recíproco, de adquirir la cuota mayor el supérstite podría acaso exigirse algún tipo de liquidación complementaria por exceso de adjudicación al disolverse la comunidad.

La referencia a “la parte” del deudor o concursado contenida en el artículo 231-17, así como la directa remisión a “mitades” del 231-

18.1.c, deben ser puestas en directa relación con el artículo 231-18.2, que determina que *la extinción* del pacto determina la cotitularidad de los cónyuges en comunidad ordinaria indivisa. Es de este artículo del que de un modo más claro se deriva el criterio del legislador catalán de que los cónyuges, o pareja de hecho, adquieren de forma “conjunta”, esto es, en paridad de derechos, determinando la extinción anticipada de la comunidad la concreción de su derecho en cuotas iguales. De este modo, cobra sentido que cuando se refiere a los supuestos de embargo y concurso, *que determinan la extinción de la comunidad, y, en consecuencia, la materialización de dos cuotas iguales en los propietarios*, hable de mitades, o partes.

**9.-** Las causas de ineficacia y extinción conllevan, como efecto común, la cotitularidad, en comunidad indivisa ordinaria, de los cónyuges, o del cónyuge superviviente y de los herederos del premuerto, o bien del cónyuge no deudor y del adjudicatario de la mitad del cónyuge deudor. En consecuencia, la expresa constatación de que el efecto de la ineficacia y extinción del pacto es la aparición de una *cotitularidad, en comunidad indivisa ordinaria*, sólo puede significar que dicha comunidad antes no existía. Si la ineficacia y extinción *determinan* la cotitularidad en comunidad indivisa ordinaria, debe ser que *previamente* tal comunidad no había aparecido; esto es, que se había formado una comunidad sin cuotas, de carácter germánico, a la que la desaparición del pacto bajo el que fue formada pone fin, transformándola en otra diferente. Sólo así puede adquirir sentido la precisión efectuada por el legislador.

**10.-** Respecto de la incompatibilidad del pacto de supervivencia con el heredamiento, así como la exigencia del cómputo de la parte del premuerto en su herencia a los efectos del cálculo de la legítima, y la imputación a la cuarta vidual, nos remiten directamente al que ha sido, y continua siendo, el principal problema de esta institución: la falta de solución existente sobre su exacta naturaleza jurídica. Problema que a

día de hoy, y desde su origen, supone la principal traba de las adquisiciones onerosas con pacto de supervivencia, pues del mismo se deriva una inseguridad jurídica difícilmente tolerable.

**11.-** La naturaleza jurídica del pacto de supervivencia ha dado pie a todo tipo de interpretaciones, antes y después de su positivación, según he expuesto en el segundo capítulo de este trabajo. Interpretaciones que, a día de hoy, y a falta de un cambio normativo claro y definitivo, seguirán produciéndose. Mi opinión en esta materia, reiterada a lo largo de este trabajo, es la siguiente: la institución, tal y como existía antes de la Compilación de Derecho Civil de Cataluña, dejó de existir con la entrada en vigor de este cuerpo legal, siendo mutada de forma tan definitiva, vista la nula intención del legislador en modificar precisamente lo más determinante de la misma, como al parecer indeseada por el grueso de la doctrina y la práctica judicial. Me refiero, claro está, tanto a la incompatibilidad del pacto de supervivencia con el heredamiento, como a la exigencia del cómputo de la parte del premuerto en su herencia a los efectos del cálculo de la legítima, y la imputación a la cuarta viudal. Atónitos, asistimos a la defensa de que una institución que *exige legalmente* tales extremos, constituya una *transmisión onerosa*.

**12.-** Todos los argumentos esgrimidos contra dichas exigencias, perfectamente válidos antes de su regulación normativa, carecen de validez tras la concreta *y reiterada* exigencia del legislador catalán, que una y otra vez ha mantenido tal limitación, radicalmente incompatible con una adquisición de carácter onerosa. ¿Cómo justificar que lo que alguien obtiene como contraprestación de lo dado, le pueda ser arrebatado en virtud de criterios exclusivos de las disposiciones y transmisiones gratuitas? ¿Acaso lo comprado, permutado o adquirido en virtud de un contrato aleatorio, deber ser tenido en cuenta al calcular el valor de una herencia, a fin de proteger a los legitimarios? ¿Acaso puede justificarse que al cónyuge se le satisfagan sus derechos



hereditarios (cuarta viudal) con bienes que ya son suyos, pues forman parte de una adquisición onerosa propia? Una respuesta afirmativa a estas cuestiones sólo puede proceder de una mirada extemporánea, fija en la institución *pre legislativa*, y no en el reiterado texto normativo.

**13.-** La apelación en este sentido a la naturaleza familiar de la institución, sin más precisión, no ha contribuido a clarificar la materia en absoluto. Si familiar es todo aquello que tiene lugar en el seno de la familia, debemos reconocer el carácter familiar de las donaciones entre padres e hijos, así como el testamento a favor de unos y otros, el aval de los padres en los préstamos hipotecarios de sus descendientes, o la formación de sociedades integradas únicamente por miembros de una misma familia. Sin embargo, con señalar ese carácter familiar no se eliminan el resto de rasgos que definen la exacta o completa naturaleza jurídica de una institución (disposiciones onerosas o gratuitas, *inter vivos* o *mortis causa*). La esencia de una cosa cualquiera no se reduce a uno de sus rasgos, sino que depende del conjunto de los que la conforman y dotan de un verdadero y característico sentido.

**14.-** El legislador catalán, al margen de la indicada referencia a su naturaleza familiar, con la que parece justificar su inclusión en el Libro relativo al derecho de familia, parece, no obstante lo dicho, haber dado pasos en el sentido de intentar clarificar la misma, desde mi punto de vista, con una serie de variaciones, tanto en los artículos 231-15 y siguientes como en la materia de los pactos sucesorios. Pero da la sensación de no haberse atrevido a ir un poco más allá, como si una cierta ambigüedad le proporcionara cierta seguridad. Por evitar ser rotundo, se ha quedado en la tibieza, y, lamentablemente, desde esta perspectiva únicamente podemos seguir especulando.

**15.-** En mi opinión, sin embargo, el inalterable mantenimiento de las citadas limitaciones por parte del legislador catalán, a sabiendas de la contraria opinión dominante entre la doctrina y el criterio

jurisprudencial, al que hay que añadir la posibilidad de *renunciar* por parte del cónyuge superviviente, de conformidad con el 231-15.3, cuyo sentido es eminentemente sucesorio, junto a la nueva redacción dada a toda la materia de los pactos sucesorios, y en concreto a los pactos sucesorios de cosa cierta y carácter recíproco, todo sumado, evidencia una más que notable vinculación entre ambas instituciones. Vinculación que es resaltada por el propio legislador catalán, que en el preámbulo del Libro II no puede evitar destacar su proximidad con *los heredamientos y las atribuciones particulares*.

**16.-** En consecuencia, entiendo que el pacto de supervivencia, dadas las implicaciones que conlleva en la herencia del causante, debe ser entendido como un negocio de naturaleza gratuita. Entiendo también que, dada la indudable relevancia que tiene el fallecimiento de uno de los adquirentes, y la atención prestada a este hecho como motor indudable de la adquisición, constituye no un elemento accidental del negocio, sino parte esencial del mismo, de modo que le dota de naturaleza *mortis causa*. Por ello, a mi parecer nos encontramos frente a una peculiar modalidad de pacto sucesorio de atribución particular, en el que la muerte constituye un elemento esencial del negocio, y no un mero requisito de eficacia.

**17.-** La indeterminación de la exacta naturaleza jurídica de las adquisiciones onerosas con pacto de supervivencia cobra relevancia en cuanto a sus presupuestos y efectos, toda vez que según entendamos su pertenencia a un tipo de negocio u otro, estos varían. No obstante, tales variaciones deben entenderse dentro del marco normativo estable que representa su regulación específica, en los artículos 231-15 a 231-18.

**18.-** Frente al antagónico conflicto relativo al carácter unitario o dualista de la adquisición con pacto de supervivencia, entiendo que coexisten dos negocios jurídicos distintos y diferenciados, siendo el

contrato adquisitivo previo vehículo necesario para materializar la voluntad inicial de los sujetos de adquirir un bien, desde su origen, con ánimo de que sea únicamente para aquel de los dos que sobreviva al otro. Tal negocio previo, tras la modificación experimentada por la nueva redacción dada a través del artículo 231-15.1, puede ser cualquiera traslativo del dominio, siempre que tenga naturaleza onerosa.

**19.-** Los efectos del pacto de supervivencia, en cuanto negocio de naturaleza *mortis causa*, conllevan no sólo la adquisición por parte del superviviente de la totalidad de la cosa sujeta al pacto, sino también el inicio de todos los trámites relativos a determinar la viabilidad de su adquisición tras la apertura de la herencia del premuerto. Es en este momento cuando debe concretarse el haber hereditario y justificar si existe perjuicio para los legitimarios, así como imputar en su caso la parte recibida a cargo de la cuarta vidual. Operaciones todas ellas propias del derecho de sucesiones y de las transmisiones gratuitas, que ni pueden ni deben ser obviadas, toda vez que han sido reiteradamente mantenidas como norma vigente, y refrendadas con el reciente cuerpo legal.

**20.-** En definitiva, mi propuesta es que las adquisiciones onerosas con pacto de supervivencia:

- Constituyen un doble negocio jurídico, integrado por un negocio oneroso traslativo del dominio, y un tipo especial de pacto sucesorio de atribución particular recíproco.
- Dan lugar en vida a la formación de una comunidad germánica, sin atribución de cuotas.
- La muerte de uno de los propietarios, determina la adquisición del pleno dominio por parte del superviviente, de conformidad con las disposiciones propias del derecho sucesorio.
- La finalización anticipada del pacto, sin que llegue a consumarse el mismo, determina la disolución de la comunidad

germánica y la aparición de un *pro indiviso* ordinario, antes inexistente por disposición legal.

## **II. Conclusiones derivadas del estudio del pacto de supervivencia en el Derecho Civil común**

**1.-** Si por pacto de supervivencia entendemos aquel compromiso por el cual dos adquirentes, preferentemente unidos por vínculo matrimonial, o pareja de hecho, se comprometen a mantener de forma permanente el bien adquirido hasta que uno de ellos fallezca, momento en el cual dicho bien pasará a ser propiedad exclusiva del superviviente, dicho pacto puede articularse válidamente bajo diferentes fórmulas, en atención a la causa del negocio; esto es, al elemento esencial que justifica su aparición y validez en la vida jurídica.

**2.-** La alternativa del pacto sucesorio, cuya base de configuración es netamente jurisprudencial, recoge, a mi parecer, la indudable ventaja de vincular el pacto de supervivencia con las instituciones por causa de muerte. Con ello se destaca tanto el ánimo de buscar el beneficio mutuo entre los otorgantes, primando así la salvaguarda y el bienestar del superviviente, y no su ambición a costa de la vida de su cónyuge o pareja, como el destacar la muerte de uno de ellos como elemento esencial del negocio, y no meramente accidental. La muerte no es un simple requisito de eficacia, sino verdadero criterio de configuración. En consideración a ella se adquiere, en consideración a ella se mantiene el bien indiviso, y en consideración a ella se concreta la titularidad final. Los sujetos no adquieren porque sí y luego deciden que la muerte de uno de ellos actúe como condición de eficacia; ni siquiera la contemplan como un *alea* de la que hacer depender la titularidad final. No. Los celebrantes contemplan la defunción igual que el testador, como momento a partir del cual su patrimonio dejará de ser suyo,

disponiendo en consecuencia de su curso a partir de entonces. Y con esta mentalidad acuerdan cederse mutuamente su derecho, hasta entonces propio o inalterable, y limitado en cuanto a su posibilidad de disposición por mera y propia voluntad.

**3.-** Esta alternativa, no puede negarse, arrastra, como ya he dicho, el incuestionable prejuicio de su propia catalogación. La sucesión contractual, a día de hoy, en el ámbito del Derecho civil común, aparece como un concepto jurídico de “dudosa reputación”, del que hay que desconfiar. Y pese a que la referida jurisprudencia del Supremo parece avalar la viabilidad de la tesis planteada, dicho prejuicio, de cara a asesorar a alguna pareja sobre la conveniencia de acudir a esta forma negocial, actúa como poderoso freno.

**4.-** A estos prejuicios hay que sumar, por otro lado, la propia configuración del sistema sucesorio común o castellano, frente al catalán. Mientras que el sistema legitimario de Cataluña se estructura de un modo mucho más favorable y flexible (cuarta parte de la herencia y *pars valoris*), la legítima del Código Civil es mucho más amplia (dos tercios en los descendientes, mitad o un tercio en los ascendientes) y más restrictiva en cuanto a su satisfacción (*pars bonorum*).

**5.-** Sin embargo, y pese a las objeciones expuestas, la jurisprudencia del Tribunal Supremo avala la posibilidad de transmitir bienes *mortis causa* a través de pactos sucesorios, siempre y cuando el objeto de los mismos quede constituido por bienes concretos y determinados. Siendo esto así, la configuración del pacto de supervivencia como un pacto sucesorio, mediante el que se acuerde la transmisión de la parte adquirida de un bien preciso conjuntamente a aquel de los adquirentes que sobreviva al otro, debería considerarse no solo jurídicamente posible, sino también como la más idónea fórmula de conformidad con la causa del negocio y la intención real de las partes. Para ello, debe quedar constatado el ánimo de disponer mediante el

pacto de supervivencia de la parte que a cada uno le correspondía para después de su muerte a favor del otro, buscando con ello favorecerle, con un espíritu semejante al que lleva al testador a efectuar un legado.

**6-** La configuración del pacto de supervivencia como un contrato aleatorio implica una naturaleza menos conflictiva que la antes vista, así como una eficacia, al transcurrir por los vericuetos de los negocios onerosos *inter vivos*, más clara. Sin embargo, debemos recordar que el ánimo de los otorgantes ha de ser otro muy distinto, más preocupado por la adquisición propia que por favorecer al otro coadquirente. Ahora bien, todas las ventajas derivadas de la mayor claridad de una transmisión onerosa e *inter vivos* puede ser puesta en entredicho a si se discute la naturaleza de la contraprestación efectuada. De entenderse, según he afirmado, que tal contraprestación no existe, pues nada sacrifica realmente el premuerto, ni nada pierde, pues todo efecto se deriva de su defunción, y, por tanto, ya ni es sujeto físico ni de derecho, entonces podría interpretarse que tal negocio no es en absoluto oneroso y aleatorio, sino más bien condicional y gratuito. Esto es, se podría atacar el negocio como un supuesto de encubrimiento de una donación *inter vivos* de eficacia *post mortem*, y como tal, sujeta a todos los procedimientos destinados a salvaguardar los derechos de los legitimarios.

**7.-** Su configuración como donación debe abordarse desde diferentes prismas. Descartada la alternativa de las donaciones *mortis causa*, dado el evidente rechazo mayoritario que las mismas suscitan entre la doctrina, así como el claro criterio del Tribunal Supremo, cabría plantear si el pacto de supervivencia podría formularse como una donación *inter vivos* con eficacia *post mortem*. Tal alternativa, formalmente adecuada, se enfrenta al problema causal que implica transmitir *desde ya* la titularidad del bien adquirido, pues tal transmisión de presente choca frontalmente con el espíritu de la institución que estudiamos.

**8.-** Finalmente, la posibilidad de la donación de bienes futuros entre cónyuges, me parece sumamente interesante, pero, como he dicho, exageradamente constreñida tanto temporal (antes del matrimonio) como subjetivamente (futuros esposos) a los fines de la institución que se plantea construir. Tales restricciones nos llevan a considerar que para aquellos que cumplan los requisitos exigidos por el artículo 1341 del Código Civil, y deseen efectuar una adquisición a la que sumar los efectos propios de un pacto de supervivencia, el espacio preparado por este artículo parece favorable para tal pretensión.

**9.** Por todo ello, entiendo que la forma más perfecta de plantear un pacto de supervivencia, con una eficacia semejante a la que se deriva del sistema civil catalán, es la del pacto sucesorio, siempre y cuando el ánimo de los otorgantes sea buscar el beneficio del otro, y disponer de la parte adquirida para después de su muerte. En caso contrario, si lo que se persigue es aumentar al patrimonio propio, con la esperanza de sobrevivir al otro adquirente, entonces la fórmula adecuada será la del contrato aleatorio, debiendo precisarse de un modo muy claro la naturaleza onerosa de la contraprestación, a fin de evitar indeseables conflictos en cuanto a la catalogación fiscal de la naturaleza de la contraprestación.

## **TABLAS DE JURISPRUDENCIA CITADA, RESOLUCIONES Y CONSULTAS**

### **Tribunal Constitucional**

<b>Sala</b>	<b>Fecha</b>	<b>Magistrado Ponente</b>	<b>Número Repertorio</b>
Pleno	23 abril 2013	Adela Asua Batarrita	RTC 2013\93
Pleno	11 diciembre 1992	Vicente Gimeno Sendra	RTC 1992\222

### **Tribunal Supremo**

#### **Sentencias posteriores a enero de 1940**

<b>Sala</b>	<b>Fecha</b>	<b>Magistrado Ponente</b>	<b>Número Repertorio</b>
Civil	30 diciembre 2003	Román García Varela	RJ 2004\360
Civil	16 marzo 2001	Pedro González Poveda	RJ 2001\3199
Contencioso- Administrativo	31 enero 2001	Jesús Ernesto Peces Morate	RJ 2001\1083
Civil	13 mayo 2000	José de Asís Garrote	RJ 2000\3410
Civil	23 febrero 1999	José Menéndez Hernández	RJ 1999\1851
Civil	22 julio 1997	Alfonso Villagómez Rodil	RJ 1997/5807
Civil	25 julio 1996	Francisco Morales Morales	RJ 1996\5572
Civil	9 junio 1995	Jaime Santos Briz	RJ 1995\4912



Civil	24 febrero 1986	Antonio Fernández Rodríguez	RJ 1986\935
Civil	30 septiembre 1982	Jaime De Castro García	RJ 1982\4929
Civil	18 noviembre 1980	Carlos de la Vega Benayas	RJ 1980\4140
Civil	7 noviembre 1979	Jaime De Castro García	RJ 1979\3644
Contencioso-Administrativo	27 mayo 1967	Antonio Esteva Pérez	1967/2741
Civil	20 noviembre 1965	Diego de la Cruz Díaz	1965/5387 Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi, Año 1965, pags. 3293 a 3295
Civil	31 enero 1963	Emilio Aguado González	1963/754 Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi, Año 1963, pags. 459 y 460
Civil	24 febrero 1962	Francisco Rodríguez Valcarce	1962/717 Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi, Año 1962, pags. 461 y 462
Civil	29 octubre 1960	Diego de la Cruz Díaz	1960/3447 Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi, Año 1960, pags. 2232 a 2235
Civil	7 junio 1960	Juan Serrada Hernández	RJ 1960\2082
Civil	25 abril 1951	Saturnino López Peces	RJ 1951/1615
			1951/1308

Civil	18 abril 1951	Juan de Hinojosa	Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi, Año 1951, pags. 892 a 894
Civil	22 diciembre 1944	Desconocido	1944/1392 Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi, Año 1944, pags. 783 y 784
Civil	9 abril 1942	Desconocido	1942/460 Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi, Año 1942, pags. 268 a 270
Civil	3 julio 1941	Desconocido	1941/891 Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi, Año 1941, pags. 541 a 543
Civil	9 julio 1940	Desconocido	RJ 1940\693
Civil	16 mayo 1940	Desconocido	RJ 1940/416 bis

**Sentencias anteriores a enero de 1940**

<b>Sala</b>	<b>Fecha</b>	<b>Magistrado Ponente (leyó y publicó)</b>	<b>Fuente</b>
Civil	10 junio 1929	José G. Valdecasas	<i>Colección Legislativa de España, Jurisprudencia Civil</i> , Tomo CVII, Volumen III de 1929, Sentencia N° 119, pags. 762 a 774.
			<i>Colección Legislativa de España, Jurisprudencia</i>

Civil	2 diciembre 1916	Francisco Vasco	<i>Civil</i> , Tomo LVI, Volumen IV de 1916, Sentencia N° 110, pags. 613 a 620.
Civil	7 diciembre 1911	Luciano Obaya Pedregal	<i>Colección Legislativa de España, Jurisprudencia Civil</i> , Tomo XL, Volumen III de 1911, Sentencia N° 114, pags. 929 a 939.
Civil	14 diciembre 1910	Luciano Obaya Pedregal	<i>Colección Legislativa de España, Jurisprudencia Civil</i> , Tomo XXXVII, Volumen III de 1910, Sentencia N° 114, pags. 602 a 644.
Civil	4 mayo 1910	Luciano Obaya Pedregal	<i>Colección Legislativa de España, Jurisprudencia Civil</i> , Tomo XXXVI, Volumen II de 1910, Sentencia N° 2, pags. 13 a 31.
Civil	13 junio 1903	Víctor Covián	<i>Colección Legislativa de España, Jurisprudencia Civil</i> , Tomo XIII, Volumen I de 1903, Sentencia N° 174, pags. 905 a 919.
Civil	8 mayo 1896	José de Garnica	<i>Colección Legislativa de España, Jurisprudencia Civil, Volumen II de 1896</i> , Sentencia N° 65, pags. 355 a 362.
Civil	5 mayo 1892	Joaquín González de la Peña	<i>Colección Legislativa de España, Jurisprudencia Civil, Volumen II de 1892</i> , Sentencia N° 46, pags. 204 a 210.
			<i>Biblioteca Jurídica de la</i>

Civil	21 mayo 1845	Manuel Antonio Caballero	<i>Revista General de Legislación y Jurisprudencia (Sección Jurisprudencia), Recursos de Nulidad fallados por el Tribunal Supremo de 1839 a 1856, pags. 40 y 41.</i>
-------	--------------	--------------------------	--

**Tribunal Superior de Justicia  
de Cataluña**

<b>Sala</b>	<b>Fecha</b>	<b>Magistrado Ponente</b>	<b>Número Repertorio</b>
Civil - Penal	17 marzo 2003	Lluís Puig i Ferriol	RJ 2003\4578
Civil - Penal	13 febrero 2003	Lluís Puig i Ferriol	RJ 2003\4576
Contencioso - Administrativa	11 febrero 1997	Joaquín Vives de la Cortada Ferrer- Calbetó	JT 1997\364
Contencioso - Administrativa	20 octubre 1995	María Luisa Pérez Borrat	RJCA 1995\801
Civil	26 enero 1995	Luis María Díaz Valcárcel	RJ 1995\4461
Civil - Penal	14 junio 1990	Jesús Corbal Fernández	RJ 1992\2577

**Audiencias Provinciales**

<b>Audiencia y sección</b>	<b>Fecha</b>	<b>Magistrado Ponente</b>	<b>Número Repertorio</b>
Barcelona, Secc.1ª	30 septiembre 2014	Ramón Vidal Carou	AC 2014\2044

Lleida, Secc.2ª	20 octubre 2009	Ana Cristina Sainz Pereda	AC 2010\561
Girona, Secc.1ª	11 abril 2003	Carles Cruz Moratones	JUR 2003\150500
Barcelona, Secc.17ª	16 octubre 2002	Victoriano Domingo Loren	180/2002
Girona, Secc.1ª	18 septiembre 2002	Fernando Ferrero Hidalgo	JUR 2003\41346
Barcelona Secc.16ª	31 julio 2002	Remei Bona Puigvert	JUR 2002\275647
Girona, Secc.1ª	8 febrero 2002	Fernando Lacaba Sánchez	JUR 2002\113634
Girona, Secc.1ª	31 enero 2002	Carles Cruz Moratones	JUR 2002\134895
Girona Secc. 2ª	11 julio 2000	Miquel Garcías Miquel	JUR 2000\295264
Barcelona Secc.16ª	3 mayo 2000	Inmaculada Zapato Camacho	JUR 2000\210016
Girona Secc. 2ª	6 noviembre 1999	José Isidro Rey Huidobro	AC 1999\2244
Girona Secc. 2ª	6 febrero 1996	José Isidro Rey Huidobro	AC 1996\508

**Resoluciones de la**  
**Dirección General de Registros y del Notariado**

**Posteriores a 1990**

<b>Fecha</b>	<b>Número Repertorio</b>
14 junio 2012	RJ 2012/10056
20 abril 2010	RJ 2010\2742
24 junio 2009	JUR 2009\337112
7 mayo 2009	RJ 2009\3004
30 noviembre 1998	RJ 1998\9451
16 mayo 1996	RJ 1996\3950

3 marzo 1994	RJ 1994\2018
21 enero 1991	RJ 1991\592

### Anteriores a 1990

Fecha	Fuente
29 diciembre 1977	<i>Anuario de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 1977</i> , pags. 48 a 54.
16 julio de 1943	<i>Anuario de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 1940 a 1944</i> , pags. 292 a 298.
5 mayo 1932	<i>Anuario de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 1932</i> , pags. 174 a 178.
24 abril 1918	<i>Anuario de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 1918</i> , pags. 163 a 168.
19 mayo 1917	<i>Anuario de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 1917</i> , pags. 191 a 195.
29 julio 1904	<i>Colección Legislativa de España, Jurisprudencia Civil, Tomo XVI, Volumen II de 1904</i> , pags. 935 a 938.
17 septiembre 1895 <sup>972</sup>	<i>Colección Oficial de Leyes, Reales Decretos, Reales Órdenes, Circulares y Resoluciones referentes al Registro de la Propiedad, formada por la Dirección General de Registros y del Notariado. Resoluciones desde 1º de enero de 1892 hasta 31 de diciembre de 1895</i> , pags. 782 a 784.
	<i>Colección Oficial de Leyes, Reales Decretos, Reales Órdenes, Circulares y Resoluciones</i>

<sup>972</sup> Y no diciembre, como por error cita PUJOL CAPILLA, en *op.cit.*, pag. 64. Si bien en la nota a pie de página 57 se refiere al trabajo ROCA SASTRE que le sirve de fuente ("Las compras con pacto de sobrevivencia", *op. cit.*, pag. 455), y ahí sí señala correctamente la fecha, por lo que debe tratarse de una mera errata en el texto.

5 julio 1894	<i>referentes al Registro de la Propiedad, , formada por la Dirección General de Registros y del Notariado. Resoluciones desde 1º de enero de 1892 hasta 31 de diciembre de 1895, pags. 534 a 536.</i>
--------------	--

**Resoluciones de la**  
**Dirección General de Derecho y de Entidades Jurídicas**

<b>Número Resolución</b>	<b>Fecha</b>	<b>Número Repertorio</b>
225/2007	29 enero 2007	JUR 2007\87336
3405/2005	23 noviembre 2005	JUR 2007\87348
2755/2011	3 octubre 2001	JUR 2011\403935

**Consulta de la**  
**Dirección General de Tributos**

<b>Órgano</b>	<b>Número consulta</b>	<b>Fecha</b>	<b>Número Repertorio</b>
SG de Impuestos Patrimoniales, Tasas y Precios Públicos	V0065/09	16 enero 2009	UR 2009\110484

## **BIBLIOGRAFIA**

ACKERLY, B.C., “Tenants by the Entirety Property and the Bankruptcy Reform Act”, *William & Mary Law Review*, Volumen 21, Unidad 3, 1980, <http://scholarship.law.wm.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2344&context=wmlr>.

ALBALADEJO GARCIA, M.:

- *El Negocio Jurídico*, Bosch, Barcelona, 1958.
- *La Simulación*, Edisofer, Madrid, 2005.
- *Derecho Civil II, Derecho de Obligaciones*, Edisofer, Madrid, 2011.
- *Derecho Civil I, Introducción y Parte General*, Edisofer, Madrid, 2013.
- *Derecho Civil V, Derecho de Sucesiones*, Edisofer, Madrid, 2013.

ALBALADEJO GARCIA, M., y DIAZ ALABART, S.:

- *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por ALBALADEJO GARCIA, M., Tomo VIII, Vol. 2, Artículos 618 a 656 del Código Civil, Edersa, Madrid, 1986.
- *La Donación*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2006.

ALBIEZ DOHRMANN, K.J.

- “Disposiciones patrimoniales en vida para después de la muerte”, *El Patrimonio familiar, profesional y empresarial. Sus protocolos*, Tomo II, GARRIDO MELERO, M. y FUGARDO ESTIVILL, J.M. (Coords.) Bosch, Barcelona, 2005.
- “Título II. De la Donación”, *Comentarios al Código Civil*, dirigidos por BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R., Tomo IV, Tirant lo Blanc, Valencia, 2013.

ALGARRA PRATS, E., “El Régimen de Participación”, *Tratado de Derecho de la Familia*, Volumen IV, Tomo II, dirigido por YZQUIERDO TOLSADA, M. y CUENA CASAS, M., Thompson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2011.

ALONSO PEREZ, M., “Título y modo de adquirir en el Código Civil”, *La adquisición y la transmisión de derechos reales. Estudio del derecho catalán y otros sistemas jurídicos*, BADOSA COLL, F., GETE-ALONSO Y CALERA, M.C., GINEBRA MOLINS, M.E. y NAVAS NAVARRO, S. (Coords.), Marcial Pons, Madrid, 2009.

ALVAREZ MORENO, M.T., “La cesión de solar por pisos o locales en el edificio construido”, *Aranzadi Civil*, Aranzadi, 1995.



ALVAREZ POSADILLA, J., *Comentarios a las Leyes de Toro, según su espíritu y el de la legislación de España*, Madrid, Imprenta de Don Antonio Martínez, 1826.

AMENGUAL PONS, P.J., “Las compras con pacto de sobrevivencia y la Resolución de la Dirección General de Registros y del Notariado de 29 de Diciembre de 1977”, *Revista Crítica de Derecho inmobiliario*, 1981.

AMEZCUA ARROYO, M.A., “La donación de la propiedad inmueble con reserva de facultad de disponer”, *Escritos Jurídicos en Memoria de Luis Rojas Montes*, Academia Granadina del Notariado, Granada, 2007; disponible en internet en: <http://www.notariosyregistradores.com/doctrina/ARTICULOS/DONACION-ART639CC.doc>.

ANDERSON, M., *Código Civil Comentado*, Volumen II, dirigido por CAÑIZARES LASO, A., DE PABLO CONTRERAS, P.V., ORDUÑA MORENO, F.J., y VALPUESTA FERNANDEZ, R., Civitas - Thompson-Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2011.

ARNAU RAVENTOS, L.:

- *La declaración de concurso de persona casada y la composición de la masa activa*, Atelier, Barcelona, 2006.
- “Renúncia i pacte de supervivència: un comentari a la Resolució de la Direcció General de Dret i d'Entitats Jurídiques de 3 d'octubre de 2011”, *Revista Catalana de Dret Privat*, Vol. 12, Barcelona, 2011-2012.

AVILA NAVARRO, P., *Formularios Notariales*, Tomo IV, Bosch, Barcelona, 1992.

BALLESTEROS ALONSO, M., “Los requisitos del pacto de sobrevivencia en Cataluña”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1988 (enero - febrero).

BAYOD LOPEZ, C., “Las novedades en materia de pactos sucesorios en la Ley Aragonesa de Sucesiones por causa de muerte”, *Estudios Jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*, Tomo IV, CABANILLAS SANCHEZ, A. (Coord.), Civitas, Madrid, 2003.

BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R., *Comentarios al Código Civil*, dirigidos por BERCovITZ RODRIGUEZ-CANO, R., Tomo I, Tirant lo Blanc, Valencia, 2013.

BLACK'S LAW DICTIONARY, St. Paul, Minn., Thomson-West, 2004.

BLANQUER UBEROS, R., *Acerca del Derecho de Superficie*, Consejo General del

Notariado, Madrid, 2007.

BURNIOL LOPEZ, J.J. “Los Heredamientos”, *Comentarios al Código de Sucesiones de Cataluña*, JOU I MIRABENT, L. (Coord.), Bosch, Barcelona, 1994.

CABANILLAS SANCHEZ, A., “Comentarios al artículo 6, apartado 2, del Código Civil”, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por ALBALADEJO GARCIA, M. y DÍAZ ALABART, S., Tomo I, Edersa, Madrid, 1992.

CABRERA HERNANDEZ, J.M.:

- “El contrato de compraventa con pacto de sobrevivencia en la Compilación de Derecho Civil de Cataluña”, *Revista Jurídica de Cataluña*, Barcelona, 1966.
- “De nuevo sobre la venta con pacto al más viviente”, *Revista Jurídica de Cataluña*, Barcelona, 1980.

CAFFARENA LAPORTA, J, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* dirigidos por ALBALADEJO GARCIA, M. y DÍAZ ALABART, S., Tomo I, Vol. 1, Artículos 1 al 7 del Código Civil, Edersa, Madrid, 1992.

CALVO SORIANO, A., “Adquisiciones con pacto de sobrevivencia”, *Revista de Derecho Privado*, Número 422, Mayo 1952.

CAMARA AGUILA, P., “De los censos. Artículos 1604 a 1664”, *Comentarios al Código Civil*, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Coord.), Aranzadi – Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2009.

CAPILLA RONCERO, F., *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* dirigidos por ALBALADEJO GARCIA, M., Tomo XXI, Vol. 1º, Artículos 1.665 a 1.708 del Código Civil, Edersa, Madrid, 1986.

CARRASCO PERERA, A., “La transmisión fiduciaria del dominio en el concurso de acreedores”, *Libro Homenaje al Profesor Manuel Albaladejo García*, Tomo I, GONZALEZ PORRAS, J.M. y MENENDEZ GONZALEZ, F.P. (Coords.), Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España – Servicio de Publicaciones Universidad de Murcia, Murcia, 2004.

CASTAN TOBEÑAS, J.:

- *Derecho Civil Español, Común y Foral, Ideas generales. Teoría de la Norma Jurídica*, Tomo Primero (*Introducción y Parte General*), Volumen Primero, Reus, S.A., Madrid, 1975.

- *Derecho Civil Español, Común y Foral, Teoría de la Relación Jurídica*, Tomo Primero (*Introducción y Parte General*), Volumen Segundo, Reus, S.A., Madrid, 1971.
- *Derecho Civil Español, Común y Foral, Derecho de Cosas*, Tomo Segundo, Volumen Primero, Reus, S.A., Madrid, 1971.
- *Derecho Civil Español, Común y Foral. Derecho de Obligaciones*, Tomo Tercero, Reus, S.A., Madrid, 1967.
- *Derecho Civil Español, Común y Foral. Derecho de Obligaciones. Las Particulares Relaciones Obligatorias*. Tomo Cuarto, Reus, S.A., Madrid, 1969.
- *Derecho Civil Español, Común y Foral, Derecho de Sucesiones*, Tomo Sexto, Volumen Primero, Madrid, Reus, S.A., 1969.
- *Derecho Civil Español, Común y Foral, Derecho de Sucesiones*, Tomo Sexto, Volumen Segundo, Madrid, Instituto Editorial Reus, 1973.
- *Derecho Civil Español, Común y Foral, Derecho de Sucesiones*, Tomo Sexto, Volumen Tercero, Madrid, Instituto Editorial Reus, 1971.

CASTILLA BAREA, M., “Del contrato de alimentos. Artículos 1791 a 1797”, *Comentarios al Código Civil*, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Coord.), Aranzadi – Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2009.

CLAVERIA GOSALBEZ, L.H. y otros, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, dirigidos por ALBALADEJO GARCIA, M. y DÍAZ ALABART, S., Tomo XVII, Volumen 1º-B, Artículos 1.261 a 1.280 del Código Civil, Madrid, Edersa, 1993

CONDOMINES POLL, E., “Las compras con pacto de sobrevivencia en el Derecho Civil Catalán”, *Derechos Civiles de España*, dirigido por BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. y MARTINEZ-SIMANCAS SANCHEZ, J., Volumen III, Parte II, Sopec, Madrid, 2000.

CUENA CASAS, M., *El concurso de acreedores de persona casada en régimen económico matrimonial de comunidad*, Thomson - Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2008.

DE AMUNATEGUI RODRIGUEZ, C., “Las parejas no casadas”, *Tratado de Derecho de Familia*, Volumen IV, dirigido por YZQUIERDO TOLSADA, M. y CUENA CASAS, M., Aranzadi - Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2011.

DE CASTRO Y BRAVO, FEDERICO,

- *El Negocio Jurídico*, Civitas, Madrid, 1991.
- *Derecho Civil de España*, Tomo I, Editorial Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2008.

DE LA HIGUERA GONZALEZ, L.M., “Fundamento filosófico de la autonomía de la voluntad”, *Autonomía de la Voluntad en el Derecho Privado*, Tomo III-1, Consejo General del Notariado, 2012.

DE LOS MOZOS, J.L., *La donación en el Código Civil y a través de la jurisprudencia*, Dykinson, Madrid, 2000.

DELGADO ECHEVERRIA, J.:

- “Artículos 1300 a 1314 del Código Civil”, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* dirigidos por Manuel Albaladejo, Tomo XVII, Volumen 2º, Edersa, Madrid, 1981,
- “Notas sobre la eficacia social de distintos tipos de normas civiles”, *Nul: estudios sobre invalidez e ineficacia*, 2007, disponible en internet en: <http://www.codigo-civil.info/nulidad/lodel/document.php?id=380>.
- “Autonomía Privada y Derecho de Sucesiones”, *Autonomía de la Voluntad en el Derecho Privado*, Tomo I, Consejo General del Notariado, 2012.

DEL POZO CARRASCOSA P., *Tratado de Derecho de Sucesiones*, dirigido por GETE-ALONSO CALERA, M.C., Tomo I, SOLE RESINA, J. (Coord.), Civitas - Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2011.

DEL POZO CARRASCOSA, P., VAQUER ALOY, A., y BOSCH CAPDEVILA, E., *Derecho Civil de Cataluña. Derecho de Sucesiones.*, Marcial Pons, Madrid, 2009.

DIAZ ALABART, S.:

- *El fideicomiso de residuo. Su condicionalidad y límites*, Bosch, Barcelona, 1981.
- *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por ALBALADEJO GARCIA, M. y DÍAZ ALABART, S., Tomo X, Vol. 2, Artículos 774 a 805 del Código Civil, Edersa, Madrid, 1984.
- “El discapacitado y la tangibilidad de la legítima: fideicomiso, exención de colación y derecho de habitación (Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección de las personas con discapacidad), *Protección Jurídica Patrimonial de las personas con discapacidad*, PEREZ DE VARGAS MUÑOZ, J. (Coord.), La Ley, Madrid, 2006.

DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEON, L.:

- *Experiencias Jurídicas y Teoría del Derecho*, Ariel, Barcelona, 1973.
- *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, Tomo I, Cizur Menor (Navarra), Civitas - Thompson Reuters, 2007.
- *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, Tomo IV, Civitas - Thomson

Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2010.

- “A vueltas con la autonomía privada en materia jurídica”, *Autonomía de la Voluntad en el Derecho Privado*, Tomo III, Volumen 1, Consejo General del Notariado, Madrid, 2012.

DIEZ-PICAZO, L., y GULLON, A., *Sistema de Derecho Civil, Volumen II*, Tecnos, Madrid, 1989.

DOMINGUEZ LUELMO, A., "Artículo 8" y "Artículo 14", *Comentarios a la Ley Hipotecaria*, dirigidos por DOMINGUEZ LUELMO, A., Lex Nova – Thompson Reuters, Valladolid, 2013.

DORAL GARCIA DE PAZOS, J.A., “Donaciones *mortis causa* en el Código Civil y en el Derecho Civil de Navarra”, *Revista Jurídica de Navarra*, N° 15, 1993.

ECHEVARRIA DE RADA, T., “El nuevo contrato de alimentos: estudio crítico de sus caracteres”, *Boletín del Ministerio de Justicia*, Año 60, N° 2019-2020, 2006.

EGEA FERNANDEZ, J., “La ordenación conjunta de la sucesión de los cónyuges. ¿Heredamiento preventivo o testamento mancomunado?”, *Indret, Revista para el análisis del Derecho*, N° 2, abril 2015, Barcelona.

ENCYCLOPÉDIE OU DICTIONNAIRE RAISONNÉ DES SCIENCES, DES ARTS ET DES MÉTIERS, <http://portail.atilf.fr/cgibin/getobject?a.32:87:8./var/artfla/encyclopedia/textdata/image/>

ESPEJO LERDO DE TEJADA, M.:

- *La sucesión contractual en el Código Civil*, Universidad de Sevilla, Sevilla, 1999.
- “Donaciones *mortis causa*. Posibilidades actuales en el Código Civil y propuestas de reforma”, *Derecho de Sucesiones. Presente y Futuro*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Murcia, Murcia, 2006.

ESPIAU ESPIAU, S., “Derechos del cónyuge viudo y del conviviente superviviente en Cataluña”, *Tratado de Derecho de Sucesiones*, dirigido por GETE-ALONSO Y CALERA, M.C., Tomo II, SOLE RESINA, J. (Coord.), Civitas - Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2011.

ESPIN CANOVAS, D., *Manual de Derecho Civil Español*, Volumen II, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1968.

ESQUIROL JIMENEZ, V., “El heredamiento mutuo preventivo: una figura a reconsiderar en la práctica notarial”, *La Notaria* (Nº 59-60), Colegi de Notaris de Catalunya, Barcelona, 2008.

FARNOS AMOROS, E., “Compras con pacto de sobrevivencia y uniones estables de pareja”, *Indret, Revista para el análisis del Derecho*, Nº 1, enero 2004, Barcelona, [www.indret.com/pdf/dc10\\_es.pdf](http://www.indret.com/pdf/dc10_es.pdf).

FERRERO RUA, A.B., *Comentarios al Código Civil de Cataluña*, Tomo II, PUIG BLANES, F.P. y SOSPEDRA NAVAS, F.J. (Coords.) Civitas - Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2011.

FIGA FAURA, L., *Manual de Derecho Civil Catalán*, Bosch, Barcelona, 1961.

FUENTESECA C., *El negocio fiduciario en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, J.M. Bosch Editor, Barcelona, 1997.

GALLEGO DOMINGUEZ, I., “La inconstitucionalidad del art. 13 de la Ley andaluza 5/2002, de 16 de diciembre, de parejas de hecho”, *Personalidad y Capacidad Jurídicas*, Tomo I, CASADO RAIGON, R. y GALLEGO DOMINGUEZ, I. (Coords.), Servicio de Publicaciones de la Universidad de Córdoba, Córdoba, 2005.

GARCIA CANTERO, G., *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* dirigidos por ALBALADEJO GARCIA, M., Tomo XIX, Artículos 1.445 al 1.541 del Código Civil, Edersa, Madrid, 1991.

GARCIA MEDINA, J., *Panorama de la sucesión contractual “mortis causa”*, Aranzadi, Pamplona (Navarra), 2003.

GARRIDO MELERO, M., *Derecho de Familia. Tomo I, Régimen de la pareja matrimonial y legal*, Marcial Pons, Madrid, 2013.

GASSIOT MAGRET, J., *Comentarios a la Compilación del Derecho Civil Especial de Cataluña*, Bosch, Barcelona, 1962.

GETE-ALONSO Y CALERA, M.C.:

- “Constitución, transmisión y adquisición de los derechos reales en el nuevo Código civil de Cataluña y modelos europeos. Presentación de las ponencias del día 30 de noviembre de 2006”, *La adquisición y la transmisión de derechos reales. Estudio del derecho catalán y otros sistemas jurídicos*, dirigido por

BADOSA COLL, F. y GETE-ALONSO Y CALERA, M.C., GINEBRA MOLINS, M.E. y NAVAS NAVARRO, S. (Coords.), Marcial Pons, Madrid, 2009.

- “Adquisición de la Herencia”, *Tratado de Derecho de Sucesiones, Tomo I*, dirigido por GETE-ALONSO Y CALERA, M.C., SOLE RESINA, J. (Coord.), Civitas - Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2011.

GINER GARGALLO, A, *Reforma del Reglamento Hipotecario practicada por el R.D. 1867/1998, de 4 de septiembre. Comentarios sobre su contenido*, Noticias Jurídicas, 1999, <http://noticias.juridicas.com/articulos/45-Derecho%20Civil/199902-eaj3501.html>.

GOMA LANZON, I., “Atribuciones legales (legítimas, los derechos del cónyuge viudo y de las parejas, reservas). Parte segunda. Los derechos del cónyuge viudo”, *Instituciones de Derecho Privado*, Volumen V, Tomo III, DELGADO DE MIGUEL, J.F. (Coord.), Civitas - Thomson, Madrid, 2005.

GOMA LANZON, I. y GOMA LANZAON, F., “La autonomía de la voluntad en la compraventa”, *Autonomía de la Voluntad en el Derecho Privado*, Tomo III-1, Consejo General del Notariado, 2012.

GOMEZ GALLIGO, J., “Las Adquisiciones Onerosas con Pacto de Supervivencia”, *El Nuevo Derecho de La Persona y de la Familia*, BARRADA ORELLANA, R., GARRIDO MELERO, M. y NASARRE AZNAR, S. (Coords.), Bosch, Barcelona, 2011.

GOMEZ TABOADA, J., *Derecho de Sucesiones de Cataluña*, Lex Nova - Thompson Reuters, Valladolid, 2012

GONZALEZ BOU, E., “La revitalización de los heredamientos en el nuevo Libro IV del Código Civil de Cataluña”, *La Notaria (Nº 59-60)*, Colegi de Notaris de Catalunya, Barcelona, 2008.

GORDILLO CAÑAS, A., *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* dirigidos por ALBALADEJO GARCIA, M. y DÍAZ ALABART, S., Tomo I, Vol. 1, Artículos 1 al 7 del Código Civil, Edersa, Madrid, 1992.

GUILARTE ZAPATERO, V., *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, dirigidos por ALBALADEJO GARCIA, M., Tomo XXII, Volumen 1º, Artículos 1.740 a 1.808 del Código Civil, Madrid, Edersa, 1982.

HERNANDEZ GIL, A.:

- *Obras Completas, Tomo 4, Derechos Reales – Derecho de Sucesiones*, Madrid, Espasa Calpe, 1989.
- “La Ciencia Jurídica Tradicional y su transformación”, *Obras Completas, Tomo 6, Saber Jurídico y Lenguaje*, Madrid, Espasa Calpe, 1989

HERRERO OVIEDO, M., “El Renacer de los Pactos Sucesorios”, *Estudios de Derecho de Familia y Sucesiones*, ALVAREZ GONZALEZ, S., GARCIA RUBIO, M.P. y REQUEJO ISIDRO, M. (Coords.), De Conflictu Legum, Santiago de Compostela, 2009.

HOLGADO ESTEBAN, J., “Comentarios al Título VI del Libro V del Código Civil de Cataluña”, *Comentarios al Código Civil de Cataluña*, Tomo II, PUIG BLANES, F.P. y SOSPEDRA NAVAS, F.J. (Coords.), Civitas - Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2011.

IMAZ ZUBIAUR, L., *La Sucesión Paccionada en el Derecho Civil Vasco*, Marcial Pons, Madrid, 2006.

LACRUZ BERDEJO, J.L., DELGADO ECHEVERRIA, J., y otros:

- *Elementos de Derecho Civil I. Parte General*, Volumen Tercero, Dykinson, Madrid, 2005.
- *Elementos de Derecho Civil, Derecho Inmobiliario Registral*, Tomo III bis, Dykinson, Madrid, 2003.

LACRUZ BERDEJO, J. L., RAMS ALBESA, J., y otros:

- *Elementos de Derecho Civil V. Sucesiones*, Dykinson, Madrid, 2009.
- *Elementos de Derecho Civil IV. Familia*, Dykinson, Madrid, 2010.

LACRUZ BERDEJO, J. L., RIVERO HERNANDEZ, F., y otros:

- *Elementos de Derecho Civil, Derecho de Obligaciones*, Tomo II, Volumen Primero, Dykinson, Madrid, 2011.
- *Elementos de Derecho Civil, Derecho de Obligaciones*, Tomo II, Volumen Segundo, Dykinson, Madrid, 2009.

LALINDE ABADIA, J., “Regímenes comunitarios en la Compilación de Derecho Civil Especial de Cataluña”, *Revista Jurídica de Cataluña*, Barcelona, 1966.

LARRONDO LIZARRAGA, J., *El Nuevo Derecho Sucesorio Catalán*, Bosch, Barcelona, 2008.

LOPEZ NAVARRO, J., *Informe de septiembre de 2006 para oficiales y auxiliares de*



notarías, en: <http://www.notariosyregistradores.com/PERSONAL/NOTARIAS/2006-septiembre.htm>.

LOPEZ PARDIÑAS, M., “El fideicomiso “inter vivos”. Una propuesta de figura contractual”, *Homenaje a Don Antonio Hernández Gil*, Volumen II, MARTINEZ-CALCERRADA Y GOMEZ, L. (Coord.), Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2001.

MANZANO FERNANDEZ, M.M., *Donaciones de Bienes por Razón de Matrimonio*, Thomson Reuters – Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2013.

MARTIN RETORTILLO, C., “El impuesto de derechos reales aplicado a las instituciones forales. Compraventa por consortes con pacto de supervivencia”, *Revista de Derecho Privado*, 1945 (Tomo XXIX).

MATEO Y VILLA, I., “Artículo 9”, *Comentarios a la Ley Hipotecaria*, dirigidos por DOMINGUEZ LUELMO, A Lex Nova – Thompson Reuters, Valladolid, 2013.

MEZQUITA DEL CACHO, J.L.:

- “Perspectiva actual de las adquisiciones conyugales con pacto añadido de supervivencia”, *La Notaria*, Madrid, 1999.
- “Las adquisiciones conyugales con pacto de supervivencia como fórmula aleatoria en la formación del patrimonio familiar”, *Fundamentos e Instituciones del Derecho de Cataluña*, Revista La Notaria, Marcial Pons, Barcelona, 2008.

MIRAMBELL ABANCO, A. y SALVADOR CODERCH, P., *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* dirigidos por ALBALADEJO GARCIA, M., Tomo XXVII, Vol. 1, Artículos 1 a 51 de la Compilación Catalana, Edersa, Madrid, 1981.

MORENO MARTINEZ, J.A., “Título XII. De los Contratos Aleatorios o de Suerte”, *Comentarios al Código Civil*, dirigidos por BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R., Tomo IX, Tirant lo Blanc, Valencia, 2013.

NAVAS NAVARRO, S.:

- “El pacto sucesorio de atribución particular en el Código Civil de Catalunya”, *Indret*, Barcelona, 2008, disponible en internet en: [www.indret.com/pdf/636\\_es.pdf](http://www.indret.com/pdf/636_es.pdf) (con entrada el 7 de abril de 2015).
- *Concurso de Acreedores y Pacto de Supervivencia*, Tirant lo Blanc, Valencia, 2013.

NOTARIOS Y REGISTRADORES, *Resoluciones de la DGRN Junio-2009*, N° 107, <http://www.notariosyregistradores.com/RESOLUCIONES/2009-JUNIO.htm#r107>.

NUÑEZ IGLESIAS, A., “La práctica francesa del pacto de tontina entre coadquirentes: utilidad y posibilidad”, *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*, CABANILLAS SANCHEZ, A. (Coord.), Thomson, Madrid, 2003.

O'CALLAGHAN MUÑOZ, X.:

- “La compraventa con pacto de sobrevivencia. Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de febrero de 1971”, *Revista Jurídica de Cataluña*, 1972.
- *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por ALBALADEJO GARCIA, M., Tomo XX, Vol. 3, Artículos 1604 a 1664, Edersa, Madrid, 1982.
- *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por ALBALADEJO GARCIA, M., Tomo XXVII, Vol. 2, Artículos 52 a 96 de la Compilación Catalana, Edersa, Madrid, 1990.
- *Código Civil Comentado y con Jurisprudencia*, La Ley, Madrid, 2012.

ORTEGA Y GASSET, J., *Meditaciones del Quijote y otros ensayos*, Madrid, Alianza Editorial, 2014.

PANISELLO MARTINEZ, J., “Artículos 232-1 a 232-38”, *Comentarios al Código Civil de Cataluña*, Tomo I, PUIG BLANES, F.P. y SOSPEDRA NAVAS, F.J. (Coord.), Civitas - Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2011.

PELLA Y FORGAS, J., *Código Civil de Cataluña. Exposición del Derecho Catalán comparado con el Código Civil Español*, A. Librería de A. Bosch, Barcelona, 1918.

PERDICES HUETOS, A.B., “Título VIII. De la Sociedad”, *Comentarios al Código Civil*, dirigidos por BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R., Tomo VIII, Tirant lo Blanc, Valencia, 2013

PEREZ CONESA, M.C., “Del retracto convencional. Artículos 1507 a 1520”, *Comentarios al Código Civil*, BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R. (Coord.), Aranzadi - Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2009.

PEREZ HEREZA, J., “Autonomía de la voluntad y libertad contractual”, *Autonomía de la Voluntad en el Derecho Privado*, Tomo III-1, Consejo General del Notariado, 2012.

PORCIOLES Y COLOMER, J.M., “Regim Ecònomico-Familiar al Baix-Urgell i Segrià”,

conferencia publicada en *Conferencies sobre varietats comarcals del Pret civil català*, Academia de Jurisprudencia y Legislación de Cataluña, Barcelona, 1934.

PUIG BLANES, F.P., *Comentarios al Código Civil de Cataluña*, Tomo I y II, PUIG BLANES, F.P. y SOSPEDRA NAVAS, F.J. (Coord.), Civitas - Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2011.

PUIG BRUTAU, J.:

- *Fundamentos de Derecho Civil, Tomo III, Volumen II*, Bosch, Barcelona, 1973.
- *Fundamentos de Derecho Civil, Tomo V, Volumen III*, Bosch, Barcelona, 1977.

PUIG I FERRIOL, L., “La configuración del Dret Civil català des de la Constitució de Felip II de l’any 1599 fins al Codi Civil de Catalunya”, *La codificación del Derecho civil de Cataluña*, dirigido por FLORENSA I TOMAS, C.E., FONTANELLAS MORELL, J.M. (Coord.), Marcial Pons, Madrid, 2011.

PUIG I FERRIOL, L. y ROCA I TRIAS, E.:

- *Institucions del Dret Civil de Catalunya*, Volumen II, Tirant lo Blanc, Valencia, 1998.
- *Institucions del Dret Civil de Catalunya*, Volumen III, Tirant lo Blanc, Valencia, 1994.

PUIG PEÑA, F., *Compendio de Derecho Civil*, Tomo IV, Volumen 2, Ediciones Nauta, Barcelona, 1966.

PUJOL CAPILLA, P. *La compraventa con pacto de sobrevivencia*, J.M. Bosch, Barcelona, 2004.

QUINTANA PETRUS, J.M., “La compraventa con pacto de sobrevivencia en el Derecho Civil de Cataluña”, *Revista Jurídica de Catalunya*, Barcelona, 1989.

RAGEL SANCHEZ, L.F., *Estudio legislativo y jurisprudencial de Derecho Civil: Familia*, Dykinson, Madrid, 2001.

RAMONEDA, R. y ROCHA, X.:

- “Encuesta sobre el llamado pacto o cláusula e sobrevivencia”, *La Notaría*, Barcelona, 1967 (Enero – Junio).
- “Resultado de una encuesta”, *La Notaría*, Barcelona, 1968 (Enero – Junio).

RAMS ALBESA, J.:

- “La iusta causa traditionis, el art. 1901 CCE y el Libro V del Código civil de Cataluña”, *La adquisición y la transmisión de derechos reales. Estudio del derecho catalán y otros sistemas jurídicos*, dirigido por BADOSA COLL, F. y GETE-ALONSO Y CALERA, M.C., GINEBRA MOLINS, M.E. y NAVAS NAVARRO, S. (Coords.), Marcial Pons, Madrid, 2009.
- *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, dirigidos por ALBALADEJO GARCIA, M. y DÍAZ ALABART, S., Tomo XVII, Volumen 1º-B, Artículos 1261 a 1280 del Código Civil, Madrid, Edersa, 1993.

REQUEIXO SOUTO, X.M., “El reflejo del contrato sucesorio en el Registro de la Propiedad”, *Estudios de Derecho de Sucesiones. Liber Amicorum T. F. Torres García*, dirigido por DOMINGUEZ LUELMO, A. y GARCIA RUBIO, M.P., HERRERO OVIEDO, M. (Coord.), La Ley, Madrid, 2014.

REVERTE NAVARRO, A., y otros, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, dirigidos por ALBALADEJO GARCIA, M. y DÍAZ ALABART, S., Tomo XVII, Volumen 1º-A, Artículos 1254 a 1260 del Código Civil, Madrid, Edersa, 1993.

ROCA SASTRE, R.M.:

- *Estudios de Derecho Privado*, Volumen I y II, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1948.
- *Derecho Hipotecario*, Tomo II, Bosch, Barcelona, 1968.
- “Las compras con pacto de sobrevivencia”, en *Estudios de Derecho Civil especial de Cataluña*, Barcelona, Editorial Bosch, 1983.

ROCA SASTRE, R.M., ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L. y BERNA I XIRGO, J., *Derecho Hipotecario*, Tomo I, Bosch, Barcelona, 2008

SAGUER Y OLIVET, E., *Institución de los Fideicomisos y sus efectos en Cataluña*, Imprenta y Litografías Carreras, Gerona, 1913.

SANAHUJA Y SOLER, J.M., *Tratado de Derecho Notarial*, Tomo II, Bosch, Barcelona, 1945.

SANCHEZ ARISTI, R.:

- *Dos alternativas a la sucesión testamentaria: pactos sucesorios y contratos post-mortem*, Comares, Granada, 2003.
- “Propuesta para una reforma del Código Civil en materia de Pactos Sucesorios”, *Derecho de Sucesiones. Presente y Futuro*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Murcia, Murcia, 2006.

SANCHEZ CALERO, F.J. y SANCHEZ-CALERO ARRIBAS, B., *Manual de Derecho Inmobiliario Registral*, Tirant Lo Blanc, Valencia, 2009.

SANCHEZ GERVILLA, A., "Visión histórica de la fiducia y actual criterio del Tribunal Supremo", *Actualidad Jurídica Aranzadi*, N° 746 – 28 de febrero de 2.008; disponible en internet en: <http://civitas.es/index.php/informacion-juridica/actualidad-juridica-aranzadi/746/comentario-jurisprudencia/vision-historica-de-la-fiducia-y-actual-criterio-del-tribunal-supremo>.

SERRANO ALONSO, E. y SERRANO GOMEZ, E., *Manual de Derecho Civil. Curso III – Plan Bolonia*, Edisofer S.L., Madrid, 2013.

SERRANO DE NICOLAS, A., "Los pactos de atribución particular: entre la *sucesión anticipada* y su complementaridad con las disposiciones de última voluntad", *Cuestiones de Derecho sucesorio catalán*, dirigido por ARNAU RAVENTOS, L. y ZAHINO RUIZ, M.L., Marcial Pons, Madrid, 2015.

SIMO SEVILLA, D., "Contrato de permuta", *Instituciones de Derecho Privado*, Volumen III, Tomo II, DELGADO DE MIGUEL, J.F. (Coord.), Civitas - Thomson, Madrid, 2005.

SOW, P., y KOKOUVI, T., *Cajas de Ahorro Populares Africanas en Cataluña: Tipos y formas de prácticas financieras sumergidas de los inmigrantes*, disponible en internet en: [http://www.papasowonline.info/altaveu/INFORME%20FINAL%20%20TONTINAS%20PAPASOW%20Y%20K%20TETE%20CASTELLA%20COMPLET\\_.pdf?iframe=true&width=80%&height=80%](http://www.papasowonline.info/altaveu/INFORME%20FINAL%20%20TONTINAS%20PAPASOW%20Y%20K%20TETE%20CASTELLA%20COMPLET_.pdf?iframe=true&width=80%&height=80%).

TOMAS MARTINEZ, G., "Fiducia, negocio fiduciario y titularidad fiduciaria: un recorrido a través de la doctrina y la jurisprudencia", *Estudios de Deusto*, Volúmen 52, N° 1, Bilbao, 2004; disponible en internet en: <http://revista-estudios.deusto.es/index.php/estudiosdeusto/article/view/370/378>.

VALLET DE GOYTISOLO, J.:

- "La compraventa por mitades indivisas y con pacto de sobrevivencia. Su naturaleza jurídica y su eficacia en el Derecho común y en el foral catalán", *Revista de Derecho Privado*, Madrid, 1944 (Tomo XXVIII).
- "Dos casos prácticos" – "Segundo caso práctico: La cláusula o pacto de sobrevivencia en compraventas por cónyuges de predios en común y proindiviso en relación con Ley *Hac Edictali* y con la edificación del solar común por uno solo de los consortes", *La Notaría*, Barcelona, 1945 (Tomo

LXXX).

- “Teleología y Dogmática de la compraventa con pacto de sobrevivencia”, *La Notaria*, Separata, Barcelona, 1946 (4º Trimestre).
- “Las compras con pacto de sobrevivencia en Derecho Catalán”. *Revista Jurídica de Cataluña*, Julio-Agosto 1955. Barcelona.
- *Estudios sobre Donaciones*, Editorial Montecorvo, Madrid, 1978.

VAQUER ALOY, A. y BARRON ARNICHES, P., “La Legítima en Cataluña”, *Tratado de Derecho de Sucesiones, Tomo II*, dirigido por GETE-ALONSO Y CALERA, M.C., SOLE RESINA, J. (Coord.), Civitas - Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2011.

VIGO MORANCHO, A., *La compraventa con pacto de supervivencia en el Codi de Família*, Web Jurídica Vigo, 2008, [www.agtvm.com/Compraventa\\_pacto\\_sobrevivencia.htm](http://www.agtvm.com/Compraventa_pacto_sobrevivencia.htm).

VIRGILI SORRIBES, F., “Problemas que suscita la compraventa con pacto de sobrevivencia cuando existe asociación de compras y mejoras entre los cónyuges compradores”, *La Notaría*, Madrid, °1945.

VIVES I CEBRIA, P.N., *Traducción al castellano de los usages y demás derechos de Cataluña*, Tomo II, Madrid-Barcelona, 1862.

YSÀS SOLANES, M.:

- “Heredamientos”, *Derecho de Sucesiones Vigente en Cataluña*, Tirant lo Blanc, Valencia, 2007.
- “Adquisiciones onerosas con pacto de supervivencia”, *Derecho de Familia Vigente en Cataluña*, Tirant lo Blanc, Valencia, 2013.



